

I

I

قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن
وقال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح
٢ رحمه

22.

والاصل في شرع الحيلة
والاصل في شرع الحيلة قوله تعالى في قصة ايوب
صلوات الله عليه وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث
٢ رحمه

370

مطلوب

II

مطلب الاستبراء الواجب ٣٨

تم فهرس الجلد

مطلب كراهة الحيلة

ضمن

IV

1

ثم الكلام فى المرابحة فى مواضع فى تفسير المرابحة وفى بيان شرائطه وفى بيان راس المال
انه ماهو وفى بيان ما يلحق براس المال وفى بيان ما لا يلحق به وفى بيان ما يجب بيانه عند
المرابحة مما ترك بيانه يكون خيانة وما لا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة او
وفى بيان حكم الخيانة اذا ظهرت اما تفسيره فقد ذكرناه فى اول الكتاب وهو انه بيع بمثل
الثمن الاول مع زيادة ربح واما شرائطه فمنها ما ذكرناه وهو ان يكون الثمن الاول
معلوما للمشترى الثانى لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن
الاول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن معلوما له فالبيع فاسد
الى يعلم فى المجلس فيختار ان شا فيجوز فى المجلس او يترك فيبطل اما الفساد للجهالة
فلجهالة الثمن لان الثمن للحال مجهول اما الخيار فللخلل فى الرضاء لان الانسان قد يرضى بشرى
شى يسير بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضاء الا بعد معرفة مقدار
الثمن فاذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضى يوجب الخيار و لم يعلم حتى افترقا
عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارة الرواية عن اصحابنا عن هذا
النوع من البيع كبيع الشى برقمه ونحو ذلك فى بعضها انه موقوف على الاجازة والا
ختيار اذا علم وكذلك التولية والاشتراك والوضعية فى اعتبار هذا الشرط والمرابحة
سوا لان التولية بيع بمثل الثمن الاول فلا بد ان يكون الثمن الاول معلوما والاشتراك
تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضعية
بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شى معلوم منه ولا بد ان يكون الثمن معلوما ليعلم
قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى رجلان جملة مما له مثل فاقتسماها ثم
اراد كل واحد منهما ان يبيع حصته مرابحة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا
تخلوا عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة فى قسمة مثليات ساقط شرعا
بل يعد القسمة فيها تمييز للنصيب واقرارا محضا واذا كان كذلك فما يصل الى كل
واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة وكان يجوز له ان يبيع نصيبه مرابحة
قبل القسمة كذا بعدها وان اشترا جملة مما لا مثل له فاقتسماها لا يجوز لاحدهما
ان يبيع حصته مرابحة لان معنى المبادلة فى هذا النوع معتبرة اذ الاصل
اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه كانه اشتراه
به فلا يجوز بيعه مرابحة كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم اراد ان يبيعه مرابحة
والله اعلم ولو اسلم عشرة دراهم فى ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد

وصفقه

وصفقه واحدة حتى جاز السلم بالاجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من راس
المال فحل الاجل له ان يبيعهما جميعا مرابحة على العشرة بلا خلاف وان باع احدهما
مرابحة على خمسة لم يجز عند ابى حنيفة وعند ابى يوسف ومحمد يجوز ولو كان
بين حصة كل واحد منهما من الثوبين من راس المال جاز ان يبيع احدهما مرابحة
على خمسة بالاجماع وجه قولهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك فى المسلم فيه يثبت
بعقد السلم وعقد السلم اوجب انقسام الثمن وهو راس المال على الثوبين المقبوضين
على السوا لانتفاء التفاوت بينهما فى الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد
منهما معلوما فتجوز المرابحة عليها كما اذا اسلم عشرة دراهم فى كرى حنطة فحل السلم
وقبضهما ثم باع احدهما مرابحة ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان المقبوض ليس
عين السلم فيه لان المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن
المقبوض مملوكا بعقد السلم بل بالقبض فكان القبض بمنزلة انشا العقد كانه اشتراهما
جميعا ابتدا و لم يتبين حصه كل واحد منهما ثم اراد ان يبيع احدهما مرابحة
وذلك لا يجوز فيما لا مثل له ويجوز فيما له مثل على ما ذكرنا كذا هذا منها
ان يكون راس المال من ذوات الامثال هو شرط جواز المرابحة على الاطلاق
وكذلك التولية وبيان ذلك ان راس المال لا يخلوا اما ان يكون فيما له مثل كا
كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة واما ان يكون مما لا مثل له من
المذروعات والمعدودات المتفاوتة فان كان مما له مثل يجوز بيعه مرابحة على
الثمن الاول وتولية مطلقا سوا باعه من بايعه او من غيره وسوا جعل الربح
من جنس راس المال فى المرابحة او من خلاف جنسه بعد ان كان الثمن الاول
معلوما والربح معلوما وان كان مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مرابحة
ولا تولية ممن ليس له العروض فى ملكه لان المرابحة بيع بمثل الثمن الاول وكذلك
التولية فاذا لم يكن للثمن الاول مثل من جنسه فاما ان يقع البيع على عين ذلك
العرض واما ان يقع على قيمته وعينه ليس فى ملكه وقيمته مجهولة تعرف
بالحزر والظن لاختلاف اهل التقويم فيها ويجوز بيعه تولية ممن العرض فى يده
فينظر ان جعل الربح شيا مفردا عن راس المال معلوما كدراهم وثوب معين
ونحو ذلك جاز لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح جزا
من راس المال بان قال بعتك بربح ده يازده لا يجوز لانه جعل الربح جزا
من العرض والعرض ليس مقابل الاجزا فانما يعرف ذلك بالتقويم و
والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحزر والظن واما مبيعه مواضعه عن العرض

فى يده وملكه فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو ان جعل الوضيعة شيا مفردا
عن راس المال معلوما ومنها ان لا يكون الثمن فى العقد الاول مقابلا لجنسه من اموال
الربا فان كان بان اشترى المكيل او الموزون من جنسه مثلا بمثل لم يجز له ان
يبيعه مرابحة لان مرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة فى اموال الربا
تكون ربا لا ربحا ولا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله ان يبيعه تولية لان
المانع هو تحقيق الربا ولم يوجد فى التولية ولانه بيع بالثمن الاول من غير زيادة
ولا نقصان وكذا الاشراك لانه تولية لكن ببعض الثمن واما عند الاختلاف الجنس
فلا باس بالمرابحة حتى لو اشترى دينارا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم
او ثوب بعينه جاز لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ولو باع دينارا
باحد عشر درهما او بعشرة دراهم وثوب كان جائزا كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بان
قال بعت هذا الدينار الذى اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند ابى يوسف وعند محمد جاز
وجه قوله ان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين
وذلك جائز وطريق جوازه ان يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار
كذا هذا ولابى يوسف رحمه الله تعالى ان فى تجويز هذا تغيير المرابحة لان المتصادقين جعلا
العشرة راس المال والدراهم ربحا فلو جوزنا على ما قاله محمد لصار القيراط راس المال
وبعض العشرة ربحا وفيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مرابحة فلا يصح ولو
اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون بماية درهم ثم باعه مرابحة بربح درهم او بربح
دينار او بربح ثوب بعينه لا يجوز لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ربح والربح ينقسم
على كل الثمن لانه جعل ربح كل الثمن فلا بد وان ينقسم على كله ليكون مرابحة ومتى انقسم
على الكل كان للحلية حصة من الربح لا محالة فيتحقق الربا ولا يصح العقد والله اعلم
ومنها ان يكون العقد الاول صحيحا فان كان فاسدا لم يجز بيع المرابحة لان المرابحة
بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك فى الجملة لكن
بقيمة المبيع او بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله اعلم فصل واما بيان راس المال
فراس المال ما لزم المشترى بالعقد لا ما بعده بعد العقد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن
الاول هو ما وجب بالبيع فاما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد اخر وهو الاستبدال
فياخذ من المشترى الثانى الواجب بالعقد لا المنقود بعده وكذلك التولية وبيان هذا الاصل
اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ونقد مكانها دينارا او ثوبا فراس المال هو العشرة لا الدينار
والثوب لان العشرة هى التى وجبت بالعقد وانما الدينار او الثوب بدل الثمن الواجب
وكذلك لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد ونقد مكانها الزيوف وتجوز بها البايع الاول

فعلى

فعلى المشترى بعد الخيار لما قلنا ولو اشترى ثوبا بعشرة هى خلاف نقد البلد ثم باعه مرابحة فان
ذكر الربح مطلقا فان قال ابيعك بالثمن الاول وربح درهم كان على المشترى الثانى عشرة
من جنس ما نقد والربح من دراهم نقد البلد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب
بالعقد الاول وهو عشرة هى خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثانى مثلها والربح من نقد البلد لانه اطلق
الربح وما اضافه الى راس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو نقد البلد وان اضاف الربح الى العشرة
بان قال ابيعك بربح العشرة او ربح ده يازده فالعشرة والربح من جنس الثمن الاول واما اذا قال
ربح العشرة فلانه اضاف الربح الى تلك العشرة ان كان من جنسها وقيل اما اذا قال ربح ده يازده فلانه
جعل الربح جزءا من العشرة وكان من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشترى البايع الاول
فى الثمن وله ان يبيعه مرابحة وتولية على الاصل والزيادة جميعا لان الزيادة ملتحق باصل العقد
وكان باقى بعد الحط راس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مرابحة عليه ولو حط البايع الاول
عن المشترى بعد ما باعه المشترى جعل المشترى الاول ذلك القدر عن المشترى الثانى مع حصته من الربح
لما ذكرنا ان الحط ملتحق باصل العقد فيصير راس المال وهو الثمن الاول ما وراء قدر المحطوط فيحط
المشترى الاول عن المشترى الثانى ذلك القدر اما وراء قدر المحطوط فيحط المشترى الاول
عن المشترى الثانى ذلك القدر ويحط حصته من الربح ايضا لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن
فاذا حط شى من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشترى
الاول شى من الثمن انه لا يحط ذلك عن المشترى الثانى لان الثمن الاول اصل فى بيع المرابحة ولا عبرة به فى بيع المساومة
الا ترى انه لو اشترى عبدين قيمتهما سواء احدهما بالالف والاخر بخمس ماية ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما
على القيمة نصفين ولو باعهما مرابحة وتولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول اثلاثا لا على قدر القيمة دل ان الاصل
اصل فى بيع المرابحة ولا عبرة به فى بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول لا يوجب فى المساومة وهذا الذى ذكرنا على اصل
اصحابنا الثلاثة رحمهم الله لان الزيادة على الثمن ملتحق باصل العقد وذلك الحط عنه ويصير كان العقد فى الابتداء وقع على
هذا القدر واما على اصل زفر والشافعى فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة فى الثمن وحطا عنه وانما يصح هبة
مبتداة والمسئلة تاتى فى موضعها ان شاء الله تعالى فصل واما بيان ما يلحق براس المال وما لا يلحق به فنقول لا باس بان
يلحق براس المال اجرة القصار والقتال والصباغ والفتاح والخياط والسمسار وسايق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم
وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف والعادة لان العادة فيما
بين التجار انهم يلحقون هذه المون براس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعاداتهم حجة مطلقة قال النبى صلى الله عليه
وسلم ما راه المحسنون حسنا فهو عند الله حسن الا انه يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام على بكذا لان الاول
كذب والثانى صدق واما اجرة الراعى والطبيب والحجام والحسان والبيطار وجعل الابق والعداء عن الحاية وما انفق على
نفسه وعلى الرقيق من تعليم صناعة او قران او شعر فلا يلحق براس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الواجب بالعقد الاول
لا غير لان العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المون براس المال وقال النبى صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون قبيحا
فهو عند الله قبيح وكذا المضارب وما انفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف يلحق براس المال بجريان العادة بذلك

وما اتفق على سفره لا يلحق به لانه لا عادة فيه والتعويل في الباب على العادة والله اعلم **فصل** واما بيان
ما يجب بيانه في المرابحة وما لا يجب فالاصل فيه ان بيع المرابحة والتولية بيع امانة لان المشتري ائتمن
البايع في اخباره عن الثمن الاول من غير بينة ولا استحلاف فيجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب
الخيانة والتهمة لان التحرز عن ذلك كله واجب ما امكن **قال الله** تعالى لا تخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم
وانتم تعلمون **وقال** صلى الله عليه وسلم ليس منا من غشنا **وقال** عليه الصلاة والسلام لوابصة بن معبد رضي الله
عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما امور متشابهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك **وروي** عنه صلى الله عليه
وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه **وقال** النبي صلى الله
عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والتهمة
فانما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه وما لا يجب **فنقول** وبالله التوفيق اذا حدث بالسلعة
عيب في يد البايع او في يد المشتري فاراد ان يبيعها مرابحة ينظر ان حدث بافة سماوية له ان يبيعه مرابحة
بجميع الثمن من غير بيان عندنا **وقال** زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يبيعه مرابحة حتى يتبين وان حدث
بفعله او بفعل اجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين بالاجماع **وجه** قولهما ان البيع من غير بيان حدوث العيب
لا يخلو من شبهة الخيانة لان المشتري لو علم ان العيب حدث في يد المشتري لكان لا يربحه فيه ولانه لما باعه
بعد حدوث العيب في يده فقد احتبس عنده جزء منه فلا يملك بيع الباقي من غير بيان كما لو احتبس بفعله او فعل
اجنبي ان الغائب جزء لا يقابله ثمن بدليل انه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بحصته شيء
من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واحدة وما يقابله الثمن قائم بالكلية فله ان يبيعه
مرابحة من غير بيان لان يكون بايعا ما بقي بجميع الثمن بخلاف ما اذا فات بفعله او بفعل اجنبي لان
الغائب صار مقصودا بالفعل وصار مقابلا بالثمن فقد حبس المشتري جزءا يقابل الثمن فلا يملك
بيع الباقي مرابحة الا ببيان والله اعلم ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والثمر والصوف
واللبن والعقر لم يبع مرابحة حتى يتبين لان الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى
يمنع الرد بالعيب ولم يكن لها حصة من الثمن للحال فهو حبس بعض المبيع وباع الباقي فلا
يجوز من غير بيان وكذلك لو هلك بفعله او بفعل اجنبي ووجب الارش لانه صار مبيعا مقصودا
يقابله الثمن ثم المبيع سالما لم يبعه مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصودا اولى ولو هلك بافة
سماوية له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو هلك طرف من اطرافه بافة سماوية باعه مرابحة من غير بيان على ما مر
فالولد اولى لانه ملحق بالطرف ولو استغل الولد والارض جاز له ان يبيعه مرابحة من غير بيان
لان الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاجماع ولهذا لا يمنع الرد بالعيب فلم يكن
بيع الدار والارض حابسا شيئا من المبيع فكان له ان يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو كان
للمشتري جارية ثيبا فوطيها جاز له ان يبيعها مرابحة من غير بيان لان الوطي استيفاء المنفعة حقيقة
والمنفعة ليست بجزء لها حقيقة فاستيفاؤها لا يوجب نقصانا في الذات الا ان الحق بالجزء عند عدم
الملك اظهارا لخطر الابضاع ولا حاجة الى ذلك في الملك فبقيت مبيعة حقيقة ووطي الثيب انما
منع الرد بالعيب عندنا لا لانه اتلاف جزء والعين بل لمعنى اخر نذكره في موضع ولو كانت

الجارية

المرابحه

الجارية بكرا فافتضها المشتري لم يبعها مرابحة حتى يبين لان الافتضاض
ازالة العذرة وهي جزء منها فكان اتلافا لجزء منها فاشبه اتلاف سائر الاجزاء
ولو اتلف منها جزءا اخر كان له الا يبيعها مرابحة الا ببيان كذا هذا ولو اشترى
شيئا نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين لان للاجل شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا
حقيقة لانه مرغوب فيه الا ترى ان الثمن قد يزاد لمكان الاجل فكان له شبهة
ان يقابله شيء من الثمن فيصير كانه اشترى شيئين ثم باع احدهما مرابحة
على ثمن الكل لان الشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب فيجب التحرز
عنها بالبيان ولو اشترى من انسان شيئا بدين له عليه له ان يبيعه مرابحة
من غير بيان ولو اخذ شيئا صلحا من دين له على انسان لا يبيعه مرابحة حتى
يبين ووجه الفرق ان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون
الحق فلا بد من البيان ليعلم المشتري انه سامح ام لا فيقع التحرز عن التهمة
ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة فلا حاجة الى البيان وفرق اخر
ان في الشراء لا يتصور الخيانة لان الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله
وهو ان يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم
الفائدة والدليل على انه كذلك انه لو اشترى ثم تصادقا على انه
لم يكن عليه دين لا يبطل الشراء ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء
واذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا يتقدر الخيانة كما اذا اشترى منه
ثوبا بعشرة دراهم ابتداء بخلاف الصلح فانه يقع بما في الذمة على البدل
المذكور الا ترى انهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على انه لم يكن عليه دين
يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق فوجب التحرز عن
ذلك بالبيان ولو اشترى ثوبا بعشرة ورقمه اثنا عشر فباعه مرابحة
على الرقم من غير بيان جاز اذا كان الرقم معلوما والربح معلوما ولا يكون
خيانة لانه صادق لكن لا يقول اشتريته بكذا لانه يكون كاذبا فيه

اذا تصادقا بعد
الصلح ان لا دين
لبطل الصلح

وروي عن ابي يوسف ان المشتري اذا كان لا يعلم عادة التجار وعلم
ان الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان وكذلك لو ورث
مالا فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا ولو اشترى شيئا ثم باعه
وربح ثم اشتراه فاراد ان يبيعه مرابحة فانه يطرح كل ربح كان قبل ذلك
ويبيعه مرابحة على ما بقي من راس المال بعد الطرح فان لم يبق منه شيء بان
استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة واما عند
ابي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخر من غير بيان ولا عبرة بالعقود
المتقدمة ربح فيها او خسر وبيان ذلك اذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه
بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على خمسة عنده وعندهما
على عشرة ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على عشرة وجه قولهما ان العقود المتقدمة لا عبرة بها لانها
ذهبت وتلاشت بنفسها وحكمها فاما العقد الاخير حكمه قائم وهو
الملك فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولابي حنيفة رحمه
الله ان الشرا الاخير لما اوجب ملك الثوب فقد اكد الربح وهو خمسة
لانه كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب او بغيره من اسباب الفسخ فاذا
اشترى فقد خرج عن احتمال البطلان فتاكد وللتاكيد شبهة الاثبات
فكان مشتريا للثوب ومع الربح بعشرة من وجه فكان فيه شبهة انه
اشترى شيئين ثم باع احدهما مرابحة على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير
بيان لان الشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة الا ترى لو اشترى ثوبا
بعشرة نسيئة ثم اراد ان يبيعه مرابحة على عشرة نقدا لم يبعه مرابحة
من غير بيان احترازا عن الشبهة لان للاجل شبهة ان يقابله الثمن على ما
مر فوجب التحرز عنه بالبيان كذا هذا فاذا باعه بعشرين ثم اشتراه
بعشرة صار كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فتكون العشرة بالعشرة

ويبقى

ويبقى الثوب خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فتمكن فيه شبهة الربا
فلم يبعه مرابحة والله اعلم ولو اشترى ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين
والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له ان يبيعه مرابحة حتى يبين عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشترى
من مكاتبه او عبده الماذون وعليه دين او لا دين عليه لم يبعه مرابحة
من غير بيان بالاجماع وجه قولهما انه لا خلل في الشرا الاول لان ملك كل
واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل فصح الشرا الاول فلا يجب البيان
كما اذا اشترى من الاجنبي ولابي حنيفة رحمه الله ان تهمة المسامحة
في الشرا الاول قائم لان الناس في العادات لا يماكسون في الشرا من
هولاء فكانت التهمة وهي الشرا بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان
كما في المكاتب والماذون ولان للشرا من هولاء شبهة عدم الصحة لان
كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة احدهما
لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان ملك كل واحد منهما بعد
البيع والشرا قائما معنى فكان لهذا الشرا شبهة عدم الصحة والشبهة
في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتوثر في المرابحة كما في المكاتب والعبد
الماذون ولو اشترى سلعة من رجل بالف ثم اشترى منه من
لا تقبل شهادته له بالف وخمسماية فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين
وذلك الف ولا يبيعه مرابحة على الف وخمسماية من غير بيان لما ذكرنا
واجمعوا على انه لو اشترى عبدا بخمسماية فباعه من المكاتب المديون او
لا دين عليه بالف انه لا يبيعه مرابحة على اكثر الثمنين وكذا لو اشترى
المكاتب او الماذون عبدا بخمسماية فباعه من المولى بالف لما قلنا ولو
اشترى من مضاربه او اشترى مضاربه فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين
وحصة المضارب من الربح لو كان فيه ربح وان لم يكن فيه ربح يبيعه مرابحة

على اقل الثمنين بيان ذلك اذا دفع الفا مضاربة فاشترى رب المال
عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة
على خمسمائة لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال
ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس
لانه بيع ماله بماله على نفسه والشرا من الانسان بما له الا انا استحسنا
الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطا فكانت شبهة عدم الجواز قائمة
فتلتحق بالحقيقة في المنع من المرابحة من غير بيان ولانه يحتمل ان رب
المال باعه من المضارب باكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه
ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع
فلا يبيعه مرابحة بادون الثمنين الا ببيان ولو اشترى المضارب عبدا
بالف فباعه من رب المال بالف ومائتين فان رب المال يبيعه مرابحة
على الف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان المائتين ربح وهو
بينهما الا ان حصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا فيطرح
ذلك القدر من بيع المرابحة واما حصة المضاربة فلا شبهة فيها ولا
تهمة اذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة على الف ومائة ولو
اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بالف ومائة باعه
المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بالف فباعه
من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة وهي اقل الثمنين لانه
لا تهمة في الاقل وفي الاكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال
بخمسمائة فباعه من المضارب بالف ومائة باعه المضارب مرابحة على
خمسمائة وخمسين لان الخمسمائة اقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب
من الربح فيضم الى الخمسمائة والله اعلم **فصل** واما حكم الخيانة اذا الخيانة في المرابحة
ظهرت فنقول وبالله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا يخلو

اما

اما ان ظهرت في صفة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفة
الثمن بان اشترى شيئا نسيئة ثم باعه مرابحة على الثمن الاول ولم يبين
انه اشتراه نسيئة او باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار
بالاجماع ان شاء اخذه وان شاء رده لان المرابحة عقد بني على الامانة
لان المشتري اعتمد البائع وائتمنه في الخبر عن الثمن الاول فكانت الامانة
مطلوبة في هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة
ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذلك لو
صالح من دين الف له على انسان على عبد ثم باعه مرابحة على الف ولم
يبين المشتري انه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة
في قدر الثمن في المرابحة والتولية بان قال اشتريت بعشرة وبعتك بربح
ده يازده او قال اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت به ثم تبين انه كان
اشترى بتسعة فقد اختلف في حكمه قال ابو حنيفة رحمه الله المشتري
بالخيار في المرابحة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وفي التولية
لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعا وذلك درهم في التولية
وفي المرابحة درهم وحصته من الربح وهو جزء من عشرة اجزاء من
درهم وقال محمد له الخيار فيهما جميعا ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء رده على البائع وجه قول محمد ان المشتري لم يرض بلزوم العقد
الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه ويثبت له الخيار لفوات
السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيبا وجه قول ابي يوسف ان
الثمن الاول اصل في بيع المرابحة والتولية فاذا ظهرت الخيانة
تبين ان تسمية قدر الخيانة لم يصح فلغت تسميته وبقي العقد لازما
بالثمن الباقي ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المرابحة والتولية وهو
ان الخيانة في المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة لان المرابحة

بيع بالثمن الاول وزيادة ربح وهذا قايم بعد الخيانة لان بعض
الثمن راس مال وبعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مرابحة وانما
اوجبت تغييرا في قدر الثمن وهذا يوجب خللا في الرضا فيثبت الخيار
كما اذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن بان ظهر ان الثمن كان زيفا ونحو
ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها تخرج العقد
عن كونه تولية لان التولية بيع بالثمن الاول من غير ربح ولا
نقصان وقد ظهر النقصان في الثمن الاول فلو ابقينا الخيار لاخرجناه
عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا انشاء عقد اخر لم يتراضيا
عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة والزمنا العقد بالثمن
الباقي والله اعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة محل
الفسخ فاما اذا لم يكن بان هلك او حدث به ما يمنع الفسخ بطل
خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن محل الفسخ لم يكن في ثبوت
الخيار فايدة فيسقط كما في خيار الشرط وخيار الروية **فصل**
واما الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية حكم الاشراك
بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرايط
والاحكام والذي يختص بالاشراك بيان القدر الذي تثبت فيه الشركة
فنقول وبالله التوفيق المشترى لا يخلو اما ان يكون لواحد واما
ان يكون لاثنين او اكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره لا يخلو
اما ان اشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك واما
ان اطلق الشركة فان اشركه في قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك
فيه لان حكم التصرف يثبت فيما في قدر ما اضيف اليه هو الاصل وان
اطلق الشركة بان قال اشركتك في هذا الكر فله نصف الكر كما لو قال
اشركتك في نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فيقتضي

ان

ان يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلا في نصفه فلم
يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شاء اخذ نصف ما بقي وهو
ربع الكر وان شاء ترك لانه كان له نصف شايع من ذلك فما هلك
هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض
قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ثم هلك نصفه قبل
القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بان استحق نصف الكر
فهاهنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقي للمشتري
خاصة في البيع وفي الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان
البيع اضيف الى نصف شايع وتعذر تنفيذه في النصف المستحق
لانعدام الملك وامكن تنفيذه في النصف المملوك فيجب تنفيذه فيه
وكذلك في الشركة الا ان تنفيذها في النصف المملوك يقتضي المساواة
بينهما في ذلك النصف وذلك في ان يكون نصفه للرجل ونصفه له ولو
اشترى عبدا فقال له رجل اشركني في هذا العبد فقال قد اشركتك
ثم قال له رجل اخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثاني علم بمشاركة
فله الربع وللمشتري الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته
فالنصف له والنصف للاول ولا شيء للمشتري لانه اذا علم الثاني
بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا في نصيبه خاصة
والشركة في نصيبه تقتضي المساواة بين النصيبين وهي في ان يكون لكل
واحد منهما الربع واذا لم يعلم بالشركة فقوله اشركني طلب الشركة في
الكل والاشراك في الكل ان يكون نصفه له والاول قد استحق
النصف بالمشاركة فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقا للشركة
المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشتر جارية فلان بيني وبينك
فقال المامور نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال

المامور ثم اشترى الجارية فالجارية بين الامرين ولا شيء فيها للمامور
لان الاول وكله بشرا نصفها وبقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه
وكيل الاول لانه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل
فبقي وكيلا له في شرا النصف فاذا قبل الوكالة من الثاني صار وكيلا في شرا
النصف الاخر فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما
ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الاول فقال نعم ثم اشتراها كانت
الجارية للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما فلم يصح
قبوله الوكالة من الثالث شريكان شركة عنان في الرقيق امر احدهما صاحبه
ان يشتري عبد فلان بينه وبين المامور ثم امره اجنبي بمثل ذلك فاشتراه
فالنصف للاجنبي والنصف للشريكين لان كل واحد من الشريكين يملك شرا
الرقيق بعقد الشركة من غير امر فكان الامر سفها فلم يصح وصح من
الاجنبي فاستحق النصف واستحقا النصف بقضية الشركة والله اعلم
هذا اذا كان المشترا الواحد فاشركه فان كان لاثنين فلا يخلو اما ان اشرك
احدهما رجلا واما ان اشركاه جميعا فان اشركه احدهما فاما ان اشركه
في نصيبه خاصة بان قال اشركتك في نصفي واما ان اشركه مطلقا
بان قال اشركتك في هذا العبد واما ان اشركه في نصيبه ونصيب صاحبه
وان اشركه في نصفه فان قال اشركتك في نصف هذا العبد فان اشركه
في نصيبه خاصة فله نصف نصيبه لان الشركة المطلقة في نصيبه تقتضي
ان يكون نصيبه فيه مثل نصيبه لانها تقتضي المساواة وكذلك لو اشركه
في نصفه لان الشركة المطلقة في نصفه تقتضي المساواة فيه وان اشركه
مطلقا فان اجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما وان لم يجز فالربع
له لما ذكرنا ان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فيقتضي ان يكون نصيبه
وحده مثل نصيبهما جميعا الا انه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك في نصيبه

فينفذ

فينفذ في نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا اجاز امكن اجرا الشركة
على اطلاقها وهي باطلاقها تقتضي المساواة وذلك في ان يكون له النصف
ولكل واحد منهما الربع وان اشركه في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك
في ظاهر الرواية ان اجاز صاحبه فله النصف والنصف لاخرهما
وان لم يجز فله الربع وروي عن ابي يوسف في النوادر انه ان اجاز كان
بينهما اثلاثا وان ابى ان يجيز كان له ثلث ما في يدي الذي اشركه وهو سدس
الكل وجه هذه الرواية ان اشراك احدهما واجازة الاخر بمنزلة اشراكهما
معا لان الاجازة تستند الى حال العقد فكانهما اشركاه معا ولان
الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كان العاقد اشرك
بوكالة صاحبه وجه ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة ثبتا على
على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب والحكم يثبت
على وفق العلة فصار كما لو اشرك كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة
تستند الى حال العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال
ثم يستند فكان حكم الاجازة متاخرا عن حكم الاشراك ثبوتا وان
اشركه في نصف العقد فاجاز شريكه فله نصف ما في يد هذا ونصف ما
في يد الاخر وان لم يجز فله نصف ما في يد الذي اشركه لما قلنا هذا اذا
اشركه احدهما فاما اذا اشركاه جميعا فلا يخلو اما ان اشركاه معا
واما ان اشركاه على التعاقب فان اشركاه معا فالقياس ان يكون له النصف
كاملا ولكل واحد منهما الربع وفي الاستحسان يكون منهم اثلاثا وان
اشركاه على التعاقب مطلقا ولم يبينا قدر الشركة او اشركاه في نصيبهما
بان قال لكل واحد منهما اشركتك في نصيبي ولم يبين ثم اشركه كان
له النصف وللاولين النصف وجه القياس انه لما اشركه كل واحد
منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعا

الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة

كما لو اشتركاه على التعاقب وجه الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع
والافتراق ان الاشتراك المطلق من كل واحد منهما اياه في زمان واحد
يقتضي المساواة في انصباء الكل وهو ان يكون نصيب كل واحد منهما
مثل نصيب الاخر وذلك في ان يكون المشترى بينهم اثلاثا بخلاف الاشتراك
على التعاقب لان الاشتراك من احدهما مطلقا في زمان يقتضي ان يكون نصيبه
مثل نصيبه وكذا اشتراك الاخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربعان
وهو النصف ولكل واحد منهما الربع والله اعلم **فصل** واما
المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء معلوم منه ويعتبر
في المواضعة ان يضم قدر الوضيعة على راس المال ثم يطرح منه فما بقي
بعد الطرح فهو الثمن مثاله اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة
وابعتك بوضيعة ده يازده فاذا اردت ان تعرف الثمن انه كم
هو فسبيلك ان تجعل كل درهم من العشرة التي هي راس المال احد عشر
جزوا فيكون الكل احد عشر منها درهما فيكون الثمن تسعة دراهم وجزوا
من احد عشر جزوا من درهم على هذا القياس تجري مسايل المواضعة **فصل**
واما شرايط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو ان
يكون خاليا عن خيارات اربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب
وخيار الروية فلا يلزم مع احد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال
الشافعي افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار
العيب شرط ايضا ولقب المسئلة ان خيار المجلس ليس بثابت عندنا
وعنده ثابت احتج الشافعي بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا وهذا نص في الباب ولان الانسان
قد يبيع شيئا ويشتري ثم يبدو له فيندم فيحتاج الى التدارك بالفسخ فكان
ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين ولنا ظاهر قوله تعالى

المواضعة هي بيع بانقص من الثمن الاول

بيع المواضعة خلاف بيع المرابحة [illegible]

شرايط لزوم البيع بعد انعقاده

يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم اباح الاكل بالتجارة عن تراض مطلقا عن قيد التفرق عن
مكان العقد وعنده اذا فسخ احدهما العقد في المجلس لا يباح الاكل
فكان ظاهر النص حجة عليه ولان البيع من العاقدين صدر مطلقا عن
شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال فالفسخ
من احد العاقدين يكون تصرفا في العقد الثابت بتراضيهما او في حكمه
بالرفع والابطال من غير رضى الاخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد
احدهما بالفسخ والاقالة بعد الافتراق كذا هذا واما الحديث فان
ثبت مع كونه في حد الاحاد مخالفا لظاهر الكتاب والخيار المذكور
فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع وهو ان البايع
اذا قال لغيره بعتك منك كذا فله ان يرجع ما لم يقل المشتري اشتريت
وللمشتري ان لا يقبل ايضا وهذا النوع من التاويل الخبر نقله محمد في
الموطا عن ابرهيم النخعي رحمهم الله وانه موافق لرواية ابي حنيفة رضي
الله عنه البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما حملناه على هذا توفيقا بين
الدلايل بقدر الامكان والله اعلم **فصل** واما بيان ما يكره من
البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة فمنها التفريق
بين الرقيق في البيع والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا يوله والدة عن ولدها والتفريق بينهما توليه فكان منهيا
وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم راى امراة والهة في السبي فسال عن شانها
فقيل قد بيع ولدها فامر بالرد وقال من فرق بين والدة وولدها فرق
الله بينه وبين احبته يوم القيامة وهذا خرج مخرج الوعيد وروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ
الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق في حالة الصغر وروي انه عليه السلم

في ما يكره من البياعات والتفريق بين الرقيق

وهب من علي رضي الله عنه غلامين صغيرين فباع احدهما فسأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت احدهما فقال عليه السلام بعهما
او رد والامر بالجمع بينهما في البيع او رد المبيع فيهما دليل على كراهة
التفريق ولان التفريق بين الصغير والكبير اضرار بهما لان الصغير ينتفع بشفقة
الكبير ويسكن اليه والكبير يستانس بالصغير وذا يفوت بالتفريق فيلحقهما
الوحشة فكان التفريق اضرارا بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين
لانهما يالفان ويسكن قلب احدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما ايحاشا
فكره ولان الصبا من اسباب الرحمة قال صلى الله عليه وسلم من لم
يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي التفريق ترك الرحمة فكان
مكروها ثم الكلام في كراهة التفريق في مواضع في بيان شرائط الكراهة
وفي بيان ما يحصل به التفريق انه جائز ام لا اما شرائط الكراهة فمنها
صغر احدهما وهو ان يكون احدهما صغيرا او يكونان صغيرين فان كانا
كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال لا تجمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية
مد النهي عن التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة
بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار
بزوال الاستيناس والشفقة وترك الرحم وكل ذلك يختص بحالة
الصغر ومنها الرحم وهو القرابة فان كانا اجنبيين لم يكره التفريق
بينهما ومنها المحرمية وهو ان يكونا ذوا رحم محرم بان كان بينهما
قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابني العم ونحو ذلك لان
القرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت
منشا الشفقة والانس بخلاف ساير القرابات وكذا المحرمية
بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى

الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو القرابة ومنها ان يكون
مالكهما واحدا باي سبب ملكهما بشراء او هبة او ميراث او صدقة
او وصية حتى لو كان احدهما في ملكه والاخر في ملك ولده الصغير
فلا باس بان يبيع احدهما دون الاخر وكذا لو كان له ولدان صغيران
احد المملوكين في ملك احدهما والاخر في ملك الاخر لا باس للاب ان
يبيع احدهما دون الاخر وكذا لو كان له ولدان صغيران احد المملوكين
في ملك احدهما والاخر في ملك الاخر لا باس للاب ان يبيع احدهما
لان الكراهة في التفريق واذا لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع
تفريقا لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا اذا كان احدهما في ملكه
والاخر في ملك مكاتبه لانهما لم يجتمعا في ملك شخص واحد لان المكاتب
فيما يرجع الى الكسب ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان احدهما
في ملكه والاخر في ملك عبده الماذون فان كان عليه دين فلا باس
للمولى ان يبيع العبد الذي عنده اما على اصل ابي حنيفة فظاهر لان المولى
لا يملك كسب عبده الماذون المديون فلم يوجد الاجتماع في ملك مالك
واحد وعندهما ان كان يملك لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالاجنبي
عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى ان يبيع
احدهما لوجود الاجتماع في ملك شخص واحد ولو كان احدهما في ملكه
والاخر في ملك مضاربه فلا باس بالتفريق لان مال المضارب وان لم يكن
ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال
وبيع رب المال من المضارب استحسانا فكان رب المال بمنزلة الاجنبي
فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما اذا باع جارية
كبيرة على انه بالخيار فيها ثلثة ايام ثم ملك ولدها الصغير في مدة
الخيار انه يكره ايجاب البيع في الجارية بالاجازة او بالترك حتى يمضي

الملك بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البايع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا في ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ثم ملك البايع ولدها الصغير فقد اجتمعا في ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ثم ملك البايع ولدها الصغير في المدة فلا باس للمشتري ان يجيز البيع او يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البايع بلا خلاف لان خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن ملك البايع بلا خلاف بين اصحابنا وانما الخلاف في دخولها في ملك المشتري فلم يجتمع المملوكان في ملك شخص واحد فلم تكره الاجازة تفريقا ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري لا تكره الاجازة بلا اشكال لان الاجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا واما الفسخ فكذلك لا يكره ايضا اما على اصل ابي حنيفة فلا يشكل ايضا لان الجارية لم تدخل في ملك المشتري لان خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه على اصله فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع في ملكه واما عندهما فالجارية وان دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه فالاجبار على الاجازة ابطال لحقه وهذا لا يجوز فكان له ان يفسخ والله اعلم ومنها ان يملكها على الكمال فان ملك من كل واحد منهما شقصا منه لم يكره ان يبيع نصيبه من احدهما دون الاخر لان البيع هاهنا لا يقع تفريقا مطلقا لحصول التفريق قبله من وجه فلم يدخل تحت النهي عن التفريق على الاطلاق ومنها ان يكون كل واحد منهما محلا للبيع عند البيع فان خرج احدهما عن محلية البيع بالتدبير او الاستيلاد فلا باس ببيع الاخر وان كان فيه تفريق لانه تعذر عليه

بيعهما جميعا فلو منع عن بيع الاخر يتضرر به المالك وكراهة التفريق شرعا لدفع ضرر زايد فلا يجوز دفعه بالحاق ضرر فوقه بالمالك ومنها ان لا يتعلق باحدهما حق فان تعلق بان لحق احدهما دين بان استهلك مال انسان او جنى جناية على بني ادم او اشتراهما رجل فوجد باحدهما عيبا لم يكره التفريق بل يباع بالدين ويدفع بالجناية ويرد بالعيب لان في المنع من التفريق دفع ضرر زايد بدفع ضرر افوق منه وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا جنى احدهما يستحب للمالك ان يفدي لما فيه من مراعاة الحقين ودفع الضرر من الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا وروي عن ابي يوسف انه اذا اشتراهما رجل فوجد باحدهما عيبا يردهما جميعا او يمسكهما وليس له ان يرد المعيب خاصة لان رده خاصة تفريق وانه اضرار وصار كما اذا اشترى مصراعي باب او زوجي نعل او خف ثم وجد باحدهما عيبا انه ليس له ان يرد المعيب خاصة لكونه اضرارا بالبايع خاصة كذا هذا ومنها ان يكون مالكهما مسلما فان كان كافرا لا يكره التفريق وسوا كان المالك حرا او مكاتبا او ماذونا عليه دين او لا دين عليه صغيرا او كبيرا وسوا كان المملوكان مسلمين او كافرين او احدهما مسلما او كافرا لان ما ذكرنا من الدلايل الموجبة لكراهة التفريق من النصوص والمعقول لا يوجب الفصل ولو دخل حربي دار الاسلام بامان ومعه عبدان صغيران او احدهما صغير والاخر كبير وهما ذوي رحم محرم او اشتراهما في دار الاسلام من صاحبه الذي دخل معه بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا باس للمسلم ان يشتريه ولو كان اشتراهما من مسلم في دار الاسلام او ذمي او حربي دخل بامان من ولايته اخرى لامن ولايته يكره للمسلم ان يشتري احدهما ووجه الفرق

دخل حربي دار الاسلام ومع عبدان يجبر على بيعهما

ان الضرورة دفعت الكراهة في الفصل الاول لانه لو لم يشتر لادخلهما
دار الحرب فيصير عونا لهم على المسلمين وهذه الضرورة تنعدم في الفصل
لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من الحاقهما بدار الحرب فلم تتحقق الضرورة
ومنها ان لا يرضيا بالتفريق فان رضيا به لا يكره بان كان الصبي مراهقا
ورضي بالبيع ورضيت امه فيبيع برضاهما لان كراهة التفريق لمكان
الضرر فاذا رضيا به لا يكره بان كان الصبي علم انه لا ضرر فلا يكره والله
اعلم هذا اذا اجتمع مع الصغير في ملك شخص واحد قريب واحد هو
ذو رحم محرم منه فاما اذا كان معه عدد من الاقارب كل واحد ذو
ابوين يكره التفريق بينه وبينهما وبين احدهما بلا خلاف وان كان من سواهما
من ذوي الرحم المحرم فاما ان كان احدهما اقرب من الصغير والاخر ابعد
منه واما ان كانا في القرب منه على السواء فان كان احدهما اقرب لا
باس بالتفريق بين الصغير وبين الابعد منهما لان شفقة الاقرب تغني عن
شفقة الابعد فلم يكن التفريق اضرارا بالصغير سواء اتفقت قرابة
الكبيرين كالاب مع الجد والام مع الجدة او الخالة او الخال او
اختلفت كالام مع العمة او العم وروي عن ابي يوسف انه يكره
التفريق بينه وبين احدهما كيف ما كان لان لكل واحد منهما شفقة
على الصغير وتزول بالتفريق وان كان الكبيران في القرب من الصغير سواء
سوا ينظر ان اتفقت جهة قرابتهما كالعمين والخالتين والاخوين لاب وام
او لام فالقياس ان يكره التفريق بين الصغير وبين احدهما وكذا روي عن
ابي يوسف وفي الاستحسان لا يكره اذا بقي مع الصغير قريب واحد لان
لكل واحد منهما شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة احدهما مقام
الاخر وكذا قد يختص احدهما بزيادة شفقة ليست في الاخر فكان التفريق
اضرارا بتفويت شفقة من حيث الاصل ومن حيث العدد فيكون وجه

الاستحسان ان كراهة التفريق للاضرار بالصغير بتفويت النظر وعند
اتحاد جهة القرابة والتساوي في القرب من الصغير كان معنى النظر حاصلا
ببقاء احدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لان عند اختلاف جهة
القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالاخر
فكان التفريق اضرارا وكذلك لو ملك ستة اخوة او ست اخوات
ثلاثة منهم كبار وثلاثة منهم صغار ولا باس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا
ولو كان مع كل صغير ابوان حكما بان ادعياه رجلان حتى ثبت نسبه منهما
ثم اجتمعوا في ملك شخص واحد فالقياس ان يكره بيع احدهما لاتحاد جهة القرابة
وهي قرابة الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفي الاستحسان لا يكره
لان الاب احدهما حقيقة فكان الثابت قرابة احدهما حقيقة الا انا حكمنا
بثبات نسبه منهما لاستوائهما في الدعوة ولكن الاب في الحقيقة احدهما
فلو باع احدهما لاحتمل انه باع الاب فيتحقق التفريق بخلاف ما اذا كان
للصغير اب وام حيث يكره بيع احدهما لان قرابة كل واحد منهما متحققة
فكان البيع تفريقا بين الصغير وبين احد ابويه بيقين فكره وان اختلفت جهة
الكبيرين كالعمة مع الخالة والعم مع الخال والاخ لاب مع الاخ لام
وما اشبه ذلك يكره التفريق لان من يدلي بقرابة الاب الى الصغير يقوم مقام
الاب والذي يدلي اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فكان مع الصغير ابا
واما ولو كان كذلك لكره التفريق كذا هذا امراة سبيت وفي حجرها
صغير ووقعت في سهم رجل والمراة تزعم انها ابنها يكره التفريق بينهما وان
كان لا يثبت نسبه بمجرد دعوتها في سائر الاحكام لان الاخبار في كراهة
التفريق وردت في السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية الا بقولها
فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفريق ولان هذا من باب الديانة
وقول المراة الواحدة في الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك به طريق

الاحتياط ولو كبرت الصغيرة في يد السابي وقد كان وطئ الكبيرة ولم يعلم من المرأة المسبية ارضاع فلا يقربها احتياطا ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم لان قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي فلا بأس بالتفريق والجمع والوطي لانه اذا لم تكن في حجرها عند السبي فلا دليل على كونها ولدها في حق حكم ما فلا يقبل قولها اصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا او صغيرة انه ولده قبل قوله وثبت نسبه سواء كان قبل الاحراز بدار الاسلام او بعده قبل ان يكون قبل القسمة او قبل الدخول في ملك خاص بالبيع وغيره لان دعوة الرجل صحيحة الا ترى انه يثبت نسبه منه فظهر في حق كراهة التفريق سواء كان الولد وقت السبي معه او لم يكن بخلاف دعوة المرأة وكذلك لو ادعت المرأة ان الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها وصدقها يثبت بينهما الزوجية بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفريق بين الصغير وبين احدهما لان ولدها باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبي انه ولده قبل القسمة او البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام يثبت نسبه من المدعي ولكن يسترق لان دعوته ان صحت في حق ثبات النسب واستندت الى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تستند في حق الاسترقاق لان فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق في ابطال حق الغير ويجوز ان يصدق الانسان في اقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير ويجوز ان يصدق الانسان كمن اقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشراء وعتق عليه وكذا لو اشتراه ثم اقر بحريته صح اقراره في حقه حتى يعتق عليه ولا يصدق في حق بائعه حتى لم يكن له ان

دعوة السبي نسب ولد

يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر والله اعلم

فصل واما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لانه ينقطع به منفعة الانس والشفقة وكذا القسمة في الميراث والغنائم لان القسمة لا تخلو عن معنى التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق فيكره ولا بأس ان يعتق احدهما او يكاتبه لان الاعتاق ليس بتمليك بل هو ازالة الملك وانهاؤه فلا يتحقق به التفريق لانه اذا اعتق يمكنه الاستيناس بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفريقا وكذا الكتابة لان المكاتب حر يدا فلا ينقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفريقا والله اعلم ولئن كان تفريقا فنفع الاعتاق فوق ضرر التفريق فلا يكون ضررا معنى ولو باع احدهما نسمة للعتق يكره عند ابي حنيفة وعند محمد لا يكره وجه قوله ان الوفا بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حال المشتري انجاز ما وعد فيخرج التفريق من ان يكون ضررا لانه يقابله نفع اعظم منه وهو العتق وجه قول ابي حنيفة ان العتق ليس بمشروط في البيع ولو كان مشروطا لاوجب فساد البيع فبقي قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقي البيع تفريقا فيكره حتى لو كان قال المشتري ان اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشرا لا محالة فيخرج البيع من ان يكون ضررا والله اعلم

فصل واما صفة البيع الذي يحصل به التفريق انه جائز ام لا فقد اختلف العلماء فيه قال ابو يوسف ومحمد البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم وقال ابو يوسف البيع فاسد في الوالدين والمولودين وفي ساير ذوي الارحام جائز وقال الشافعي البيع باطل في الكل واحتج بما روينا من الاحاديث الواردة في النهي عن التفريق او ما يجري مجرى النهي والبيع تفريق فكان منهيا والبيع والنهي لا يصلح سببا لثبوت الملك كساير البياعات التي ورد النهي عنها على اصله ولابي يوسف

البيع الذي يحصل به التفريق هل هو جائز ام لا

رحمه الله انما خص البيع في الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع
بتغليظ الوعيد عليهم بالتفريق فيهم وهو ما روينا ولهما ان قوله تعالى
واحل الله البيع ونحوه من نصوص البيع يقتضي شرعية البيع على العموم
والاطلاق فمن ادعى التخصيص او التقييد فعليه الدليل واما الاحاديث
فهي محمولة على النهي عن غير البيع وهو الاضرار فلا تخرج البيع من ان
يكون مشروعا كالنهي عن البيع وقت النداء وانما حملناه على غير البيع
اما حملا للخبر الواحد على موافقة الكتاب واما لان النهي لا يرد عما
عرف عقله حسنا على ما عرف ومنها البيع عند النداء وهو وقت
اي من البياعات المكروهة
اذان الجمعة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلوة من يوم
الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع امر بترك البيع فيكون
نهيا عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعي فكان البيع في ذاته مشروعا
جايزا لكنه يكره لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعي ومنها
بيع الحاضر للباد وهو ان يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا
لاهل البادية بثمن غال لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع
جاز البيع لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا
يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك يضر
باهل البلد بان كان اهله في قحط من الطعام والعلف فان كانوا
في خصب وسعة فلا باس به لانعدام الضرر ومنها بيع متلقي السلع
واختلف في تفسيره قال بعضهم هو ان يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة
عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة ويدخله المصر
فيبيعه بما شاء من الثمن وهذا الشراء مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تلقوا السلع حتى تهبط الاسواق وهذا اذا كان يضر باهل البلد

البيع وقت النداء

بيع الحاضر للبادي

تلقي السلع

ان اهله اتاهم بالميرة وهي الطعام

بان

بان كان اهله في جدب وقحط فان كان لا يضرهم فلا باس وقال بعضهم تفسيره
هو ان يتلقاهم فيشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بسعر
البلد وهذا ايضا مكروه سوا تضرر به اهل البلد او لا لانه غرهم
والشرا جايز في الصورتين جميعا لان البيع مشروع في ذاته والنهي في
غيره وهو الاضرار بالعامة على التفسير الاول وتغرير اصحاب السلع
على التفسير الثاني ومنها بيع المستام على سوم اخيه وهو ان يتساوم
الرجلان فطلب البايع بسلعته ثمنا ورضي المشتري بذلك الثمن فجا مشتر
اخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة او بذلك الثمن لما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم
اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وروي لا يسوم الرجل على سوم اخيه
والنهي لمعنى في غير البيع وهو الايذا فكان نفس البيع مشروعا فيجوز
شراؤه لكنه يكره وهذا اذا جنح للبيع بالثمن الذي طلبه المشتري
الاول فان كان لم يجنح له فلا باس للثاني ان يشتريه لان هذا
ليس استياما على سوم اخيه فلا يدخل تحت النهي ولانعدام معنى الايذا
ايضا بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكروه لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم باع قدحا وطشتا له ببيع من يزيد وما كان عليه السلم
ليبيع بيعا مكروها وكذا في النكاح اذا خطب رجل امراة وركن قلبها اليه
يكره لغيره ان يخطبها لما روينا وان لم يركن فلا باس والله اعلم ومنها
بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لان بيعه منهم من باب الاعانة
على الاثم والعدوان وانه منهي ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم
كالحديد ونحوه لانه ليس معدا للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة ونظيره
بيع الخشب الذي يصلح لاتخاذ المزمار فانه لا يكره وان كره بيع المزامير
واما ما يكره مما يتصل بالبيوع فمنها الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه

السوم على سوم اخيه

بيع من يزيد

بيع السلاح من اهل الفتنة

الاحتكار

تفسير النجش

في باب الكراهية والحاقه بهذا الموضع اولى ومنها النجش وهو ان يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنه وانه مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النجش ولانه اضرار باخيه المسلم وهذا اذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان يطلبها باقل من ثمنها فنجش رجل سلعته حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكروه وان كان الناجش لا يريد شراها والله اعلم

احكام البياعات

فصل واما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه الا بعد الوقوف على قسمة البياعات في حق الحكم فنقول وبالله التوفيق البيع في حق الحكم لا يخلو اما ان يكون صحيحا واما ان يكون فاسدا واما ان يكون باطلا واما ان يكون موقوفا والصحيح لا يخلو من ان يكون فيه خيار او لا يكون فيه خيار

احكام البيع الصحيح

اما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله احكام بعضها اصلي وبعضها من التوابع اما الحكم الاصلي فالكلام فيه في موضعين في بيان اصل الحكم وفي صفته اما الاول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبايع في الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والاحكام المتعلقة بهما فيقع الكلام في موضعين احدهما في تفسير المبيع والثمن والثاني في بيان الاحكام المتعلقة بهما اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله

تعريف المبيع والثمن

المبيع والثمن على اصل اصحابنا رحمهم الله من الاسماء المتباينة الواقعة على معاني مختلفة فالمبيع في الاصل اسم لما يتعين بالتعيين في البيع والثمن في الاصل ما لا يتعين بالتعيين وان احتمل تغير هذا الاصل بعارض بان لا يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه وما يحتمله ثمنا كراس مال السلم اذا كان عينا على ما نذكره واما على اصل زفر وهو قول الشافعي فالمبيع والثمن من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد وانما يتميز احدهما عن الآخر في الاحكام بحرف الباء واذا عرف هذا فالدراهم

والدنانير

والدنانير على اصل اصحابنا اثمان لا تتعين في عقد المعاوضة في حق الاستحقاق وان عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم او بهذه الدنانير كان للمشتري ان يمسك المشار اليه ويرد مثله ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنسا ونوعا وقدرا وصفة ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى اصلهما يتعين حتى يستحق البايع على المشتري الدراهم المشار اليها كما في ساير الاعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما لو هلك ساير الاعيان وجه قولهما ان المبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدا قال الله تعالى ولا تشتروا باياتي ثمنا قليلا سمي المشتري وهو المبيع ثمنا ولهذا جاز ان يذكر الشرا بمعنى البيع يقال شريت الشيء بمعنى بعته وقال الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه ولان ثمن الشيء قيمته وقيمة الشيء ما يقوم مقامه ولهذا سميت قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمنا ومبيعا دل انه لا فرق بين الثمن وبين المبيع في اللغة والمبيع يحتمل التعيين بالتعيين وكذا الثمن اذ هو مبيع على ما بينا ولنا ان الثمن في اللغة اسم لما في الذمة كذا نقل عن الفراء وهو امام في اللغة ولان احدهما يسمى ثمنا والآخر مبيعا في عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل الا انه يستعمل احدهما مكان الآخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء فاما الحقيقة فما ذكرنا واذا كان الثمن اسما لما في الذمة لم يكن محتملا للتعيين بالاشارة فلم يصح التعيين حقيقة في حق استحقاق العين فيجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين في المعاوضات يمكن

استيفاؤه من مثله فلم يجز التعيين في حق استحقاق العين مفيدا فيلغوا
في حقه ويعتبر في حق بيان الجنس والنوع والصفة والقدر لان التعيين في
حقه مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا اثمان على كل حال اي شيء كان
في مقابلتها وسواء دخل حرف الباء فيهما او فيما يقابلهما لانها لا تتعين بالتعيين
بحال فكانت اثمانا على كل حال واما من سواهما من الاموال فان كان مما
لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل
حال لانه يتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها عينا الا الثياب الموصوفة
المؤجلة سلما فانها تثبت دينا في الذمة بطريق السلم استحسانا بخلاف
القياس لحاجة الناس الى السلم فيها وكذا الموصوف المؤجل فيها
لا بطريق السلم يثبت دينا في الذمة ثمنا استحسانا وان كان مما له مثل
كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فان كان في مقابلة
المكيل والموزون دراهم او دنانير فهو مبيع وان كان في مقابلته ما
لا مثل له من الاعيان التي ذكرنا فانه ينظر ان كان المكيل او الموزون
~~دنانير او دنانير~~ معينا فهو مبيع وان كان احدهما معينا والاخر
موصوفا او كان كل واحد منهما موصوفا فانه يحكم فيه حرف الباء
فما صحبه فهو الثمن والاخر المبيع واما الفلوس الرائجة فان قوبلت بخلاف
جنسها فهي اثمان وكذا ان قوبلت بجنسها متساوية في العدد وان
قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد هي اثمان على كل حال واما بيان ما يتعلق بهما من
الاحكام فمنها انه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع
وفي العقار اختلاف ويجوز التصرف في الاثمان قبل القبض الا الصرف
والسلم وقال الشافعي ان كان الثمن عينا لا يجوز التصرف فيها قبل
القبض وهذا على اصله مستقيم لان الثمن والمبيع عنده من الاسماء المترادفة

اذا كان كلا البدلين غير الدراهم والدنانير فما دخل فيه الباء فهو الثمن ٥

حكم الفلوس الرائجة

وسيأتي احكام الفلوس في موضعين

بالمبيع والثمن

لا يجوز التصرف في المبيع قبل القبض ويجوز في الثمن

الواقعة على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا ولا يجوز بيع المبيع
قبل القبض وان كان دينا فله فيه قولان في قول لا يجوز ايضا لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما لم يقبض فيتناول الدين والعين
ولنا ما روينا عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال يا رسول الله
انا نبيع الابل بالبقيع ونأخذ مكان الدراهم دنانير ومكان الدنانير
دراهم فقال عليه السلام لا بأس اذا كان بسعر يومهما وافترقتما وليس
بينكما شيء وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض
الدين بقبض العين لا بقبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكمي في الذمة
او عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور قبضه حقيقة فكان قبضه
بقبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض
وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصا هذا هو
طريق قبض الديون وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين ان يكون المقبوض من
جنس ما عليه او من خلاف جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو
المالية والاموال كلها في معنى المالية جنس واحد وبه تبين ان المراد
من الحديث العين لا الدين لان النهي عن بيع ما لم يقبض يقتضي ان يكون المبيع
شيئا يحتمل القبض ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناوله
النهي بخلاف الصرف والسلم اما الصرف فلان كل واحد من بدلي
الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه لان البيع لا بد له من مبيع اذ هو من
الاسماء الاضافية وليس احدهما بجعله مبيعا اولى من الاخر فيجعل كل
واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف
فيه قبل القبض كسائر الاثمان ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجح جانب
الحرمة احتياطا واما المسلم فيه فلانه مبيع بالنص والاستبدال بالمبيع
المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال الحق بالمبيع العين في حق حرمة

قبض الدين المترتب في الذمة بقبض مثله لا بقبض عينه

احكام القرض

الاقراض اعارة لا مبادلة

الاستبدال شرعا ممن ادعى الالحاق في ساير الاموال فعليه الدليل
وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض وذكر الطحاوي انه لا يجوز
وفرق بين القرض وساير الديون ووجه الفرق ان الاقراض اعارة لا مبادلة
الا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كما في العارية ولو كان مبادلة للزم الاجل
وكذا لا يملكه الاب والوصي والمكاتب والماذون وهولاء لا
يملكون المبادلة ولانه لو جعل مبادلة لما جاز لانه يتحقق فيه الربا وهو
فضل العين على الدين ودل انه اعارة والواجب في العارية رد العين
وانه لا يحصل بالاستبدال وجه ظاهر الرواية ان الاقراض في الحقيقة
مبادلة الشي بمثله فان الواجب على المستقرض مثل ما استقرض دينا
دينا في ذمته لا عينه فكان محتملا للاستبدال كساير الديون ولهذا
اختص جوازه بما له مثل من المكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة دل ان الواجب على المستقرض تسليم ما استقرض لا تسليم عينه
الا انه اقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كانه انتفع بالعين
مدة ثم ردها فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله اعلم ومنها
انه لا يجوز بيع ما ليس عند البايع الا السلم خاصة لما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
ويجوز الشرا بثمن ليس عند المشتري لما روي انه عليه السلام اشترى من
يهودي طعاما بثمن ليس عنده ورهنه درعه وعلى هذا يخرج ما اذا
قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم او دينار الى شهر او قال
اشتريت منك درهما او دينارا الى شهر بهذه الحنطة انه يجوز لما
ذكرنا ان الدراهم والدنانير اثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعا
فيكون مشتريا بثمن ليس عنده وانه جايز ولو قال بعت منك قفيز حنطة

مثله

بيع ما ليس عنده لا يجوز الا السلم

بهذا

بهذا الدرهم او بهذا الدينار ووصف الحنطة لكنه لم يذكر شرايط
السلم او قال بعت منك هذا الدرهم او هذا الدينار بقفيز حنطة ووصفها
ولم يذكر شرايط السلم لا يجوز لان الدراهم والدنانير اثمان باي شي قوبلت
فكان ما في مقابلتها مبيعا فيكون بايعا ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند
الانسان الا السلم خاصة ولم يذكر شرايط السلم فلو ذكر في هذا البيع
شرايط السلم جاز عند اصحابنا الثلثة وان لم يذكر لفظة السلم وعند زفر
لا يجوز ما لم يذكر لفظة السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا ان السلم نوع بيع
الا انه بيع اختص بشرايط فاذا اتى بها فقد اتى بالسلم وان لم يتلفظ به ولو
تصارفا دينارا بدينار او عشرة دراهم بعشرة دراهم او دينارا بعشرة بغير
اعيانهما وليس عندهما شي من ذلك فاستقرضا في المجلس ثم تقابضا وافترقا
جاز لان الدراهم والدنانير اثمان فكان كل واحد منهما مشتريا بثمن ليس عنده
لا بايعا وانه جايز الا انه لا بد من التقابض لانه صرف ولو تبايعا تبرا بتبر
بغير اعيانهما وليس عندهما شي من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق وتقابضا
ثم افترقا ففيه روايتان ذكر في الصرف انه يجوز وجعله بمنزلة الدراهم
والدنانير المضروبة وذكر في المضاربة وجعله بمنزلة العروض حتى قال
لا تجوز المضاربة به فعلى هذه الرواية لا يجوز البيع ويحتمل ان يوفق بين الروايتين
بان يحمل رواية كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم
والدنانير المضروبة ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها
وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذا العبد بكذا كذا حنطة ووصفها
انه يجوز لانه جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث ادخل فيها حرف البا فيكون
الاخر مبيعا فكان هذا بيع العبد بالحنطة الموصوفة في الذمة فيجوز ولو قال اشتريت
منك كذا كذا حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم لانه
جعل العبد ثمنا بدلا له حرف البا فكانت الحنطة مبيعة فكان بايعا ما ليس عنده

قلت في هذا التوفيق نظر

فلا يجوز الا بشرائط السلم من الاجل وبيان مكان الايفاء وقبض راس المال
ونحو ذلك عندنا وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر وعلى
هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة
ووصفها او قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيزي شعير ووصفها
ان البيع جائز لانه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف في الذمة ثمنا
بادخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق شرط لان
من شرط جواز البيع ان لا يكون الافتراق فيه عن عين بعين وذلك بقبض الدين منهما
لان الدين لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم افترقا عن المجلس قبل قبض
العين جاز لانهما افترقا عن عين بعين ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة ووصفها
بهذا القفيز من الحنطة او قال اشتريت منك قفيزي شعير ووصفهما
بهذه الحنطة على انها قفيز لا يجوز وان احضر الموصوف في المجلس لانه جعل
الموصوف منهما مبيعا والاخر ثمنا بقرينة حرف الباء فيكون بايعا ما
ليس عنده وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم ولا سبيل الى
تجويزه سلما لان اسلام المكيل في المكيل لا يجوز ولو باع مكيلا موصوفا
بمكيل موصوف او موزونا موصوفا بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين
بان قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة ووصفها او بقفيزي
شعير ووصفهما او قال بعت منك من سكر ووصفه بمن سكر ووصفه
وليس عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا لا يجوز البيع لان
الذي صحبه منهما حرف الباء يكون ثمنا والاخر مبيعا فيكون بايعا ما ليس عنده
فلا يجوز الا سلما والسلم في مثله لا يجوز لانه اسلام المكيل في المكيل
واسلام الموزون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل ذلك لا يجوز
والله اعلم وعلى هذا يخرج الشرا بالدين ممن عليه الدين شيئا بعينه او
بغير عينه قبضه او لم يقبضه وجملة الكلام فيه ان الدين لا يخلو اما ان

احكام الشرا بالدين ممن عليه الدين

يكون

يكون دراهم او دنانير او فلوسا او مكيلا او موزونا او قيمة المستهلك
فان كان دراهم او دنانير فاشترى به شيئا بعينه جاز الشرا وقبض
المشترى ليس بشرط لانه يكون افتراقا عن عين بدين وانه جائز فيما لا يتضمن
ربا النساء ولا يتضمن هاهنا وكذلك ان كان الدين مكيلا او موزونا او
قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيئا بغير عينه بان
اشترى بها دينارا او فلوسا او هو فلوس فاشترى بها دراهم او دنانير
او فلوسا جاز الشرا لكن يشترط قبض المشترى في المجلس حتى لا يحصل الافتراق
عن دين بدين لان المشترى لا يتعين الا بالقبض ولو كان دينه دراهم او دنانير
او فلوسا فاشترى بها مكيلا موصوفا او موزونا موصوفا او ثيابا
موصوفة مؤجلة لم يجز الشرا لان الدراهم والدنانير اثمان على كل حال
وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الاخر
مبيعا فيكون بايعا ما ليس عند الانسان الا بطريق السلم ولا سبيل الى
تجويزه بطريق السلم لان راس المال دين بخلاف الفصل الاول لان كل واحد
منهما كان ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وانه جائز لكن لا بد من التسليم
كيلا يحصل الافتراق عن دين بدين وان كان الدين مكيلا او موزونا فباعه
بدراهم او دنانير او بفلوس واشترى هذه الاشيا بدينه جاز لان الدراهم
والدنانير اثمان على كل حال وكذلك الفلوس عند مقابلتها بخلاف
جنسها فكان من عليه الدين مشتريا بثمن ليس عنده وذلك جائز لكن يشترط
القبض في المجلس لئلا يؤدي الى الافتراق عن دين بدين ولو اشترى بالدين
الذي هو مكيل او موزون مكيلا او موزونا من خلاف جنسه ينظر ان
جعل الدين منهما مبيعا والاخر ثمنا بان ادخل فيه حرف الباء وان كان
بغير عينه جاز لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا ان القبض في المجلس شرط
فلا يكون افتراقا عن دين بدين وان جعل الدين منهما ثمنا بان ادخل فيه

حرف البا، وان كان بغير عينه جاز لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا
ان القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقا عن دين بدين وان جعل الدين منهما
ثمنا بان ادخل فيه حرف البا، والاخر مبيعا لم يجز الشرا وان احضر في المجلس
لانه بايع ما ليس عنده وبيع ما ليس عنده الا اسلمه لا يجوز الا بطريق السلم
واذا كان راس المال دينا لا يجوز السلم وان كان الدين قيمة المستهلك فان
كان المستهلك مما له مثل فهذا والاول سوا لان الواجب باستهلاكه
مثله فاذا اشترى به شيا من خلاف جنسه فحكمه ما ذكرنا وان
كان مما لا مثل له فاشترى به شيا بعينه جاز وقبض المشترا ليس بشرط
لان الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم او دنانير فصار مشتريا
بدين الدراهم والدنانير شيا بعينه فيجوز ولا يشترط قبض المشترا لانه
يحصل الافتراق عن عين بدين ولا باس به فيما لا يتضمن ربا النسا، ولو اشترى
به شيا بغير عينه من المكيل او الموزون ينظر ان جعل ما عليه مبيعا
وهذا ثمنا بان ادخل عليه حرف البا، يجوز الشرا لانه اشترى بثمن
ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض وان جعل ما عليه ثمنا بان صحبه حرف
البا، لا يجوز وان احضر في المجلس لانه باع ما ليس عنده فلا يجوز الا بطريق
السلم ولا سبيل اليه لان راس ماله دين ولو وقع الصلح عن المستهلك على
الدراهم او الدنانير او قضى به القاضي جاز ولا يكون القبض شرطا لان هذا
ليس شرا بالدين بل هو تعيين حقه ولو صالح على دراهم او دنانير اكثر
من قيمة المستهلك جاز الصلح عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
يجوز بقدر القيمة والفضل على القيمة باطل وهي من مسايل الغصب نذكرها
ان شا الله تعالى ولو تبايعا عينا بفلوس باعيانها بان قال بعت منك
هذا الثوب او هذه الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وان عينت
بالاشارة اليها حتى كان للمشتري ان يمسكها ويرد مثلها ولو هلكت

صالح على دراهم او دنانير اكثر من قيمة المستهلك جاز

الفلوس لا يتعين بالتعيين اذا بيع بها ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع

وسياتي احكام الفلوس بعد سبعة اوراق وقد سبق قبل ثلاثة اوراق

واما اذا تبايعا بالفلوس النافقة وكسدت قبل تسليمها بطل عنده وعندهما لا يبطل فعند ابي يوسف يجب قيمتها يوم القبض وعند محمد آخر ما تعامل به الناس صدر الشريعة

قبل القبض لا يبطل البيع لانها وان لم تكن في الوضع ثمنا فقد صارت ثمنا
باصطلاح الناس ومن شان الثمن ان لا يتعين بالتعيين وكذا اذا تبايعا
درهما بعينه او دينارا بعينه بفلوس باعيانها فلانها لا تتعين ايضا كما
لا تتعين الدراهم والدنانير لما قلنا الا ان القبض في المجلس هاهنا شرط
بقاء العقد على الصحة حتى لو افترقا من غير تقابض اصلا يبطل العقد
لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض الا من احد الجانبين
دون الاخر فافترقا مضى العقد على الصحة لان المقبوض صار عينا بالقبض
فكان افتراقا عن عين بدين وانه جايز اذا لم يتضمن ربا النسا، ولم يتضمن
هاهنا لانعدام القدر المتفق والجنس وكذا اذا تبايعا فلسا
بعينه بفلس بعينه فالفلسان لا يتعينان وان عينا الا ان القبض في المجلس
شرط حتى يبطل بترك التقابض في المجلس لكونه افتراقا عن دين بدين ولو
قبض احد البدلين في المجلس فافترقا قبل قبض الاخر ذكر الكرخي انه لا
يبطل العقد لان اشتراط القبض من الجانبين من خصايص الصرف وهذا
ليس بصرف فيكتفى فيه بالقبض من احد الجانبين لانه يخرج عن كونه
افتراقا عن دين بدين وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي انه يبطل لا
لكونه صرفا بل لتمكن ربا النسا، فيه لوجود احد وصفي علة ربا الفضل
وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوسا بدراهم على ان كل واحد
منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا عن قبض اصلا فيبطل
البيع ولو كان الخيار لاحدهما فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز بناء على ان شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعا عنده ويعدم القبض
من الجانبين وعندهما لا يعمل الا من جانب واحد فينعدم القبض من احد
الجانبين وهذا لا يمنع جواز هذا العقد والاصل المحفوظ ان العقود في

والاصل ان العقد يصح حتى القبض ... معين ...

حق القبض على مراتب

حق القبض على مراتب منها ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه القبض اصلاً كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النساء كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها ومنها ما يشترط فيه القبض من احد الجانبين كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربا النساء كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما ثمناً وبيع الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلساً بعينه بفلسين باعيانهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب واستحق ولو اراد احدهما ان يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز البيع وقد ذكرنا المسئلة مع دلايلها فيما تقدم ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما او عين احدهما ولم يعين الاخر لا يجوز في الرواية المشهورة عنهم وروي عن ابي يوسف انه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس في هذه الحال لا يخلو من ان يكون من العروض او من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين في العروض شرط الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولان تجويز هذا البيع يودي الى ربح ما لم يضمن لان مشتري الفلسين يقبضهما وينقد احدهما ويبيع الاخر له من غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وانه منهي ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطا الخيار ينبغي ان يجوز على قولهما لان الفلوس في هذه الحالة كالعروض وعندهما لا يشترط فلم يكن الخيار مانعاً والله اعلم ولو اشترى شيئاً بفلوس كاسدة في موضع لا ينفق فان كانت باعيانها جاز وان لم تكن معينة لم يجز لانها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز في بيع العروض والله اعلم ومنها ان للبايع حق حبس المبيع

الفلوس الكاسده

اي من الاحكام المتعلقة بالمبيع والثمن

في حبس المبيع لاجل قبض الثمن اذا كان الثمن حالاً الآن يكون مؤجلاً

حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالاً وليس للمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن الى البايع حتى يقبض المبيع اذا كان المبيع حاضراً لان البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد وحق البايع في الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن اولاً ليتعين فيتحقق المساواة وان كان المبيع غايباً عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان بتقديم تسليم الثمن لتحقيق المساواة واذا كان المبيع غايباً لا يتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البايع ويتاخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عيناً مشاراً اليه والمبيع ولان من الجايز ان المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري فلا يومر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سوا كان المبيع في ذلك المصر او في موضع اخر بحيث تلحقه المونة بالاحضار فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا امتنع من قضاء الدين لاحضار الرهن ينظر في ذلك ان كان الرهن في ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مونة في الاحضار يومر باحضاره اولاً كما في المبيع لجواز ان الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان في موضع تلحقه المونة في الاحضار لا يومر المرتهن بالاحضار ولكن يومر الراهن بقضاء الدين اولاً ان كان مقراً ان الرهن قايم ليس بهالك وان ادعى انه هالك وقال المرتهن هو قايم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف يومر بقضاء الدين ووجه الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا يتحقق المساواة الا بالاحضار على ما مر بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل هو عقد امانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون امانة في يد المرتهن الا انه اذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضموناً بل لمعنى اخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة

لم يجز الدين عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن
اذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار ولو تبايعا عينا بعين سلما معا
لما ذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاوضين عادة وتحقيق
المساواة هاهنا في التسليم معا ولان تسليم المبيع مستحق وليس احدهما
بتقديم التسليم اولى من الاخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلمان معا وكذلك
لو تبايعا دينا بدين سلما معا تحقيقا للمساواة التي هي مقتضى المعاوضات
المطلقة ولاستواء كل واحد منهما في استحقاق التسليم بخلاف ما اذا
تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا يتحقق المساواة الا
بتسليمه اولا على ما بينا والله اعلم ومنها ان هلاك المبيع قبل القبض
يوجب انفساخ البيع وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون اصلا
واما ان يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان اصلا فلا
يخلو اما ان هلك كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك
قبل القبض واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بآفة
سماوية واما ان هلك بفعل البائع او بفعل المشتري او بفعل اجنبي فان
هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لانه لو بقي اوجب مطالبة
المشتري بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وانه عاجز
عن التسليم فتمتنع المطالبة اصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا
انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لان انفساخ البيع ارتفاعه من الاصل
كان لم يكن وكذا اذا هلك بفعل المبيع بان كان حيوانا فقتل نفسه لان
فعله على نفسه هدر فكانه هلك بآفة سماوية وكذلك اذا هلك
بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري عندنا وقال الشافعي
لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة او المثل وجه قوله انه اتلف مالا مملوكا
للغير بغير اذنه فيجب عليه ضمان المثل او القيمة كما لو اتلفه بعد القبض

ولا فرق سوى ان المبيع قبل القبض في يده وهذا لا يمنع وجوب الضمان
عليه كالمرتهن اذا اتلف المرهون في يده ولنا ان المبيع في يد البائع مضمون
باحد الضمانين وهو الثمن الا ترى لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري
فلا يكون مضمونا بضمان آخر اذ المحل الواحد لا يقابل الضمانين بخلاف
الرهن فان المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا عينه بل عينه
امانة حتى كان نفقته وكفنه على الراهن والمضمون بالاتلاف عينه
فايجاب ضمان القيمة لا يؤدي الى كون المحل الواحد مضمونا بضمانين لاختلاف
محل الضمان بخلاف البيع وسواء كان البيع باتا او بشرط الخيار لان المبيع في
يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيمتنع كونه مضمونا بضمان آخر وان
هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار
قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو
معنى القبض فيتقرر عليه الثمن وسواء كان البيع باتا او بشرط الخيار
للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع بلا خلاف
فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن وان كان البيع بشرط الخيار
للبائع او كان البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مما له مثل
وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته لان خيار البائع يمنع زوال السلعة
عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون
بالمثل او القيمة وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل او القيمة
وان هلك بفعل اجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه لانه اتلف مالا
مملوكا لغيره بغير اذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل
او القيمة والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك
البائع فيتبع الجاني فيضمنه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته
ان لم يكن من ذوات الامثال وان شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان

واسعه البايع بالثمن لان المبيع قد تغير في ضمان البايع لانه كان عينا فصار
قيمة وتغير المبيع في ضمان البايع يوجب الخيار ثم ان اختار الفسخ وفسخ
واتبع البايع الجاني بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن
وفيه فضل عن الثمن لا يطيب له الفضل لان الفضل ربح ما لم يملك لان زوال
المبيع عن ملكه بنفس البيع وربح ما لم يضمن لا يطيب لنهي النبي عليه السلم
عن ربح ما لم يضمن وفيه شبهة الربا فربح ما لم يملك اولى وان كان الضمان
من خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس
وان اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وضمنه فان كان الضمان من جنس
الثمن لا يطيب له الفضل لانه ربح ما لم يضمن في حقه لانه ربح ما لم يملك لان
المبيع ملكه وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما علمنا ولو كان
المشترى عبدا فقتله اجنبي قبل القبض فان كان القتل خطا لا ينفسخ البيع
وللمشتري خيار الفسخ والبيع لما قلنا الا ان ههنا ان اختار الفسخ وفسخ
اتبع البايع عاقلة القاتل فاخذ قيمته في ثلث سنين وان اختار البيع اتبع
العاقلة بقيمته في ثلث سنين ولو كان القتل عمدا اختلفوا فيه على ثلثة
اقوال قال ابو حنيفة رحمه الله ان المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع وللبايع
ان يقتص القاتل بعبده وان شا اختار البيع وله ان يقتص القاتل بعبده
وعليه جميع الثمن وقال ابو يوسف المشتري ان شا فسخ البيع يعود المبيع
الى ملك البايع وليس للبايع ان يقتص ولكنه ياخذ من مال القاتل القيمة
في ثلث سنين وان شا اختار البيع وللمشتري ان يقتص وعليه جميع الثمن وقال
محمد لا قصاص على القاتل حالا والمشتري بالخيار ان شا فسخ البيع والبايع ياخذ
القيمة من القاتل في ثلث سنين وان شا اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة في ثلث
سنين وجه قول محمد ان العبد لم يقر على ملك البايع وقت القتل بل كان على
ملك المشتري فلم ينعقد السبب موجبا للقصاص للبايع وملك المشتري لم

يقر مستقرا بل كان محتملا للعود الى ملك البايع بالفسخ فلا يثبت ولاية
القصاص لاحدهما وجه قول ابي يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية
القصاص للبايع لما قاله محمد وهو ان القتل صادف محلا ليس بمملوك
للبايع عند القتل فاما الملك فثابت للمشتري وقت القتل وقد لزم
وتقرر باختيار البيع فيثبت له ولاية الاستيفا ولابي حنيفة رحمه الله
انه امكن القول بثبوت ولاية الاستيفا لهما على اعتبار اختيار البيع
وعلى اعتبار اختيار الفسخ اما على اعتبار اختيار الفسخ فلان فسخ العقد
رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن فتبين ان الجناية وردت على ملك
البايع فيثبت له ولاية الاقتصاص هذا اذا هلك المبيع كله قبل
القبض فاما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بافة سماوية او
بفعل المبيع او بفعل المشتري لا ينفسخ البيع والهلاك على المشتري
وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن وكذلك ان هلك
بفعل اجنبي لما قلنا ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيب له
الفضل لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البايع ينظر ان
كان المشتري قبضه باذن البايع او بغير اذنه لكن الثمن منقودا او مؤجلا
فاستهلاكه واستهلاك الاجنبي سوا وان كان قبضه بغير اذن
البايع صار مستردا للمبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك في ضمانه
فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده والله اعلم
هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض وبعده فاما اذا هلك بعضه فان
كان قبل القبض وهلك بافة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان
قدر بان كان مكيلا او موزونا او معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك
ويسقط حصته من الثمن لان كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله
شي من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل

فيسقط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع في قدره وسقوط في الباقي
الثمن بقدره والمشتري بالخيار ان شاء اخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك
لان الصفقة قد تفرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل
ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الارض واطراف الحيوان
والجودة في المكيل والموزون لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من
الثمن لان الاوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض او الاوصاف لا حصة لها من الثمن
الجناية لانها تصير مقصودة بالقبض والجناية والمشتري بالخيار ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض وان هلك بفعل المبيع
بان جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لان جنايته
على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بافة سماوية وهلاك بعضه نقصان
الوصف والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شيء من الثمن ولكن المشتري
بالخيار ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشتري حيوانين
سوى بني آدم فقتل احدهما صاحبه قبل القبض يسقط حصته من الثمن والمشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك لان فعل العجماء جبار فعل العجماء جبار
فصار كانه اشترى حيوانين فمات احدهما قبل القبض حتف انفه ولو كان
المشتري عبدين فقتل احدهما صاحبه قبل القبض او كان جارية فولدت
قبل القبض فكبر الولد ثم قتل احدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار
ان شاء فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية لان الفسخ اعاد الى ملك البائع
فيتبين ان القتل حصل في ملك البائع فبطل وان شاء اخذ القاتل منهما بجميع
الثمن ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لانه لو اخذ بحصته من الثمن
لصار اخذا بجميع الثمن في الانتهاء فيجري في الابتداء قصر المسافة ان شاء اخذ
الحي منهما بجميع الثمن وان شاء ترك بيان ذلك انه لو اخذ القاتل منهما
بحصته من الثمن لا ينفسخ البيع في المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل

وعوده الى ملك البائع فتبين ان عبد المشتري قتل عبد البائع فيخاطب
بالدفع او الفداء وايهما فعل قام مقام المقتول معنى فياخذه ببقية الثمن
فصار في اخذ الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال اخذا بجميع الثمن في المآل
فجرياه في الابتداء بالاخذ بجميع الثمن والفسخ لهذا فان هلك بفعل البائع
يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر
النقصان اعتبارا للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قدر او نقصان
صفة لان الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لانها
تصير اصلا بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء اخذه
بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولو اختار المشتري الاخذ
فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية او من غيرها مات على البائع وسقط الثمن
المشتري لان المبيع انما يدخل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد فان قبضه
المشتري فمات من جناية البائع او غيرها سقطت عن المشتري حصة جناية
البائع ولزمه ما بقي من الثمن اما اذا مات من الجناية فلان قبض الباقي وجد
من المشتري فتقرر قبضه فتقرر عليه ثمنه وكذا لو مات من جناية البائع
لان المشتري قبض الباقي حقيقة وقبض البيع يوجب تقرر الثمن في الاصل الا
اذا وجد من البائع ما ينقضه فيصير مستردا والسراية ليست فعلا حقيقة
وانما هي صنع الله تعالى يعني مصنوعه فبقي المقبوض على حكم قبض المشتري
فتقرر عليه ثمنه ولان قبض المشتري بمنزلة انشاء العقد فيه لان للقبض
شبها بالعقد وانشاء الشراء قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد
جنايته وقبضه ثم سرت الى النفس ومات فكذا القبض والله اعلم
وان هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن لانه
صار قابضا للكل باتلاف البعض اذ لا يتمكن من اتلاف البعض الا باثبات
اليد على الكل وهو تفسير القبض او صار قابضا قدر المتلف بالاتلاف

والباقي بالعيب فتقرر عليه كل الثمن ولو مات في يد البايع بعد
جناية المشتري ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشتري وعليه
الثمن لانه لما مات من جنايته تبين ان فعله السابق وقع اتلافا للكل
فتقرر عليه كل الثمن سوا منعه البايع بعد جناية المشتري او لم يمنعه
لان منع البايع بعد وجود الاتلاف من المشتري هدر وان مات من غير
الجناية فان كان البايع لم يمنعه مات من مال المشتري ايضا وعليه كل
الثمن لما ذكرنا ان بالجناية صار قابضا لكل المبيع ولم يوجد ما ينقض قبضه
فبقي حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشتري حصة ما استهلك
وسقط عنه ثمن ما بقي لان البايع لما منع فقد نقض قبض المشتري في قدر القايم
وصار مستردا اياه فاذا هلك فقد هلك في ضمانه فيهلك عليه ولو جنى
عليه البايع ثم جنى عليه المشتري سقطت عن المشتري حصة جناية البايع لما
قلنا ولزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضا للباقي بجنايته فيتقرر عليه ثمنه
لان جنايته دليل الرضى بتعييب البايع فان ابتدا المشتري بالجناية ثم جنى
البايع قبل قبض الثمن فان برا العبد من الجنايتين فالمشتري بالخيار ان شا
اخذه وسقطت عنه حصة جناية البايع من الثمن وان شا ترك لان المشتري
وان صار قابضا بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البايع والثمن غير منقود
فلما جنى عليه البايع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييبا
للمبيع وحدوث العيب في المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شا فسخ وان شا
ترك وعليه ثلثة ارباع الثمن وسقطت عنه جناية البايع من الثمن وهو
الربع لان النصف هلك بجناية المشتري فتقرر عليه ثمنه وربع منه قايم
فيا خذه بثمنه ايضا والربع هلك بجناية البايع قبل القبض فسقط عنه ثمنه
وان مات العبد في يد البايع بعد الجنايتين بعد ان كان المشتري قطع يده
ثم قطع البايع رجله من خلاف ثم مات في يد البايع من الجنايتين فعلى المشتري

خمسة

خمسة اثمان الثمن وسقط عنه ثلثة اثمان الثمن لان المشتري لما قطع يده
فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه صار قابضا بالقطع ولما قطع البايع رجله
فقد استرد نصف القايم من العبد وهو الربع فبقي هناك ربع قايم من
العبد فاذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين
فيقسم ذلك الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم
اربعة فيصير ثمانية فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية
المشتري النصف وهو اربعة وبجناية بسرايته جنايته سهم فيتقرر عليه
ثمنه فلذلك خمسة اثمان الثمن وهلك بجناية البايع سهمان وبسراية
جنايته سهم فلذلك ثلثة اثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك هذا القدر
يسقط عنه والله اعلم هذا اذا جنى المشتري اولا ثم جنى البايع فبرات
الجراحة او سرت فاما اذا جنى البايع اولا ثم المشتري فان برا العبد فلا
خيار للمشتري ها هنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجناية بعد جناية البايع
دليل الرضى بتعيبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضا لما
بقي وان مات العبد من الجنايتين فالجواب ها هنا على القلب من الجواب
في المسلة المتقدمة وهو ان على المشتري ثلثة اثمان وسقط عنه خمسة
اثمان الثمن فحكم جناية المشتري ها هنا كحكم جناية البايع هناك لما ذكرنا
فافهم ولو كان الثمن مقبوضا والعبد في يد البايع فجنى عليه البايع يسقط
عن المشتري حصته من الثمن ايضا لما ذكرنا فان كان المشتري جنى اولا
ثم جنى البايع يلزم البايع من القيمة ما يلزم الاجنبي لان المشتري صار قابضا
بالجناية ولا يملك البايع نقض القبض والاسترداد ها هنا لان الثمن مقبوض
فصار جنايته وجناية الاجنبي سوا ولو كان البايع جنى اولا ثم جنى المشتري
فما هلك بجناية البايع تسقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته فعليه
قيمته لان ما هلك بجنايته بعد جناية المشتري يجب قيمته على ما ذكرنا فكذا

ما هلك بسراية جنايته والله أعلم وان هلك بفعل اجنبي فعليه ضمانه
لا شك فيه والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع واتبع البائع الجاني بضمان
ما جنى وان شاء اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن
وايهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا في اتلاف الاجنبي
كل المبيع والله اعلم هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فاما اذا
هلك بعضه بعد القبض بآفة سماوية او بفعل المبيع او بفعل المشتري
فالهلاك على المشتري لان المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري فتقرر
عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل اجنبي فالهلاك على المشتري لما قلنا
ويرجع بالضمان على الاجنبي لا شك فيه وان هلك بفعل البائع ينظر ان لم
يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن فان كان المشتري قبضه
باذنه او كان الثمن منقودا او مؤجلا فهذا وما لو اتلفه اجنبي
سواء وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بان كان قبضه بغير
اذنه والثمن حال غير منقود ينفسخ البيع في قدر المتلف وسقط عن
المشتري حصته من الثمن لانه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف وتلف
ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مستردا الا بما
يوجد منه اتلاف الباقي لانه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته
من الثمن الا اذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيصير مستردا وسقط
عن المشتري جميع الثمن لان تلف الباقي حصل مضافا الى فعله فصار مستردا
للكل وتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف البائع
والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض ولي عليك
الثمن وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي فالقول قول
المشتري مع يمينه لان البائع يدعي عليه القبض والثمن وهو ينكر ولان
الظاهر شاهد للمشتري لان المبيع كان في يد البائع والظاهر بقاء ما كان

حصته

الظاهر بقاء ما كان على ما كان

على

٢٥

25

على ما كان والبائع يدعي امرا عارضا وهو الزوال والانتقال
فكان المشتري متمسكا بالاصل الظاهر فكان القول قوله وان اقام
احدهما البينة قبلت بينته ولو اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع
لانها تثبت امرا خلاف الظاهر وما شرعت البينات الا لهذا او لانها
اكثر اظهارا لانها تظهر القبض والثمن فكانت اولى بالقبول وكذلك
لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري انه استهلكه
وادعى المشتري على البائع انه استهلكه فالقول قول المشتري لما
قلنا هذا اذا لم يكن للبينتين تاريخ فاما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ
احدهما اسبق فالاسبق اولى في الهلاك والاستهلاك جميعا هذا
اذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهرا فاما اذا كان ظاهرا فادعيا
الاستهلاك فان لم يكن لهما بينة فالقول قول البائع لان الظاهر
شاهد له لان المبيع في يد المشتري وايهما اقام البينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري لانه هو المدعي الا ترى
الا ترى انه يدعي امرا باطنا ليزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك من
البائع المبيع في يده وكذا المشتري لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر
عليه والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليه وهذا عبارة مشايخنا
في تحديد المدعي والمدعى عليه واذا اقامت بينة المشتري ينظر فان
كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بان
كان المشتري قبضه بغير اذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط
الثمن عن المشتري لانه بالاستهلاك صار مستردا وانفسخ البيع وان
كان في موضع له حق الاسترداد للحبس بان كان المشتري قبض المبيع
باذن البائع او بغير اذنه لكن الثمن منقود او مؤجل فللمشتري ان يضمن
البائع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يحصل بالاستهلاك

البينة المقبولة هي التي تثبت خلاف الظاهر

اختلفا في الاستهلاك

الفرق بين المدعي والمدعى عليه

مسألة
الفلوس اذا كسدت
وقد سبق احكام الفلوس
في موضعين قبل هذا

مسترداً ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع فتلزمه
القيمة كما لو استهلكه اجنبي والله اعلم ولو اشترى بفلوس نافقة ثم
كسدت قبل القبض انفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد
المبيع ان كان قائماً وقيمته او مثله ان كان هالكاً وعند ابي يوسف ومحمد
لا يبطل البيع والبائع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذ قيمة الفلوس
كما اذا كان الثمن رطباً فانقطع قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الفلوس
بالكساد خرجت عن كونها ثمناً لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس
فاذا ترك الناس التعامل بها عدداً فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع
بلا ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها او غلت لا ينفسخ
البيع بالاجماع وعلى المشتري ان ينقد مثلها عدداً ولا يلتفت الى القيمة
هاهنا لان الرخص او الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية الا ترى ان
الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها اثمان ثم اختلف ابو يوسف
ومحمد فيما بينهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر ابو يوسف وقت العقد
لانه وقت وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو اخر يوم ترك
الناس التعامل بها لانه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوساً
نافقة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عدداً
في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد عليه قيمتها وجه قولهما
ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها
عن حد الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض
شيئاً من ذوات الامثال وقبضه ثم انقطع عن ايدي الناس ولابي حنيفة
ان اثر الكساد في بطلان الثمنية وانه لا يمنع جواز الرد بدليل انه لو
استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما
ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت او غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا

قرض الفلوس

خلاف

خلاف لما ذكرنا ان صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوساً
وتقابضا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده واخذها المستحق لا يبطل
العقد لان بالاستحقاق وان انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كان
الافتراق حصل عن قبض الدراهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان
العقد وعلى بائع الفلوس ان ينقد مثلها وكذلك ان استحق بعضها واخذ
قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا وعلى بائع الفلوس ان ينقد مثل القدر
المستحق وكذلك اذا وجد المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة
لا يبطل البيع لان قبض احد البدلين فيما لا يتضمن ربا يكفي لبقاء العقد على الصحة
وقد وجد قبض احدهما وهو الدراهم ولو كان المشتري قبض الفلوس ولم
ينقد الدرهم وافترقا ثم استحقت الفلوس فالمستحق بالخيار ان شاء
اجاز نقد البائع فيجوز العقد لان الاجازة استندت الى حالة العقد
فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها وينقد المشتري
الدرهم لبائع الفلوس وان شاء لم يجز واخذ الفلوس ويبطل العقد لانه لما
لم يجز واخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم فتبين ان افتراقهما
حصل لا عن قبض اصلاً فيبطل العقد وكذلك لو استحق بعض الفلوس
فحكم البعض كحكم الكل وقد ذكرنا ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل
العقد لانه ظهر انهما افترقا من غير قبض وان وجدها تروج في بعض
التجارات ولا تروج في البعض او ياخذها البعض دون البعض فحكمها حكم
الدراهم الزائفة ان تجوز بها المشتري جاز لانها من جنس حقه اصلاً
وان لم يتجوز بها فالقياس ان يبطل العقد في المردود قل او كثر وهو
قول زفر وعند ابي يوسف ومحمد ان لم يستبدل في مجلس الرد يبطل وان
استبدل لا يبطل وعند ابي حنيفة ان كان قليلاً فاستبدل لا يبطل
وان كان كثيراً يبطل على ما ذكرنا في السلم والله اعلم واما بيان صفة

استحقت الفلوس

بيان صفة حكم البيع

احدهما

الحكم فله صفتان اللزوم حتى لا ينفرد احد العاقدين بالفسخ سوا
كان بعد الافتراق عن المجلس او قبله عندنا وعند الشافعي لا يلزم
الا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم
والثانية الحلول وهو ثبوت الملك في البدلين للحال بخلاف البيع
بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه
تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد فان ثبوت الملك فيه موقوف
على القبض فيصير تمليكا عنده والله اعلم واما الاحكام التي هي من

في الاحكام التوابع للحكم الاصلي في البيع

التوابع للحكم الاصلي للبيع فمنها وجوب تسليم المبيع والثمن والكلام
في هذا الحكم في مواضع احدها في بيان وجوب تسليم احد البدلين وما
هو من توابع تسليمهما والثاني في بيان وقت وجوب تسليمهما والثالث
في تفسير التسليم والقبض والرابع في بيان ما يصير المشتري به قابضا
للمبيع من التصرفات وما لا يصير اما الاول فتسليم البدلين واجب
على العاقدين لان العقد اوجب الملك في البدلين ومعلوم ان الملك ما
ثبت لعينه وانما ثبت وسيلة الى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيا الانتفاع
به الا بالتسليم فكان ايجاب الملك في البدلين شرعا ايجابا لتسليمهما
ضرورة ولان معنى البيع لا يحصل الا بالتسليم والقبض لانه عقد
مبادلة وهو مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب وحقيقة المبادلة
في التسليم والقبض لانها اخذ بدل واعطا بدل وانما قول البيع والشرا
وهو الايجاب والقبول جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطي بيعا
عندنا على ما ذكرنا والله اعلم وعلى هذا يخرج اجرة الكيال والوزان
والعداد والذراع في بيع المكيل والموزون والمعدود والمذروع

اجرة الكيال والوزان للمبيع على البائع

مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة انها على البائع اما اجرة الكيال
والوزان فلانهما من مونات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما بيع كايلة

وموازنة

وموازنة من تمام التسليم على ما نذكر والتسليم على البائع فكانت
مونة التسليم عليه والعدد في المعدود الذي بيع عددا بمنزلة الكيل
والوزن في المكيل والموزون عند ابي حنيفة رحمه الله فكان من تمام
التسليم فكانت مونته على من عليه التسليم وعليها هو من باب تاكيد
التسليم فكان من توابعه كالذرع فيما بيع مذارعة فكانت مونته
على من عليه التسليم وهو البائع وكذا اجرة وزان الثمن على المشتري

اجرة وزان الثمن على المشتري

لما قلنا واما اجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان روى ابن رستم

اجرة نقد الثمن

عنه انها على البائع لان حقه في الجيد والنقد لتميز حقه فكانت مونته
عليه وروى ابن سماعة ان البائع ان كان لم يقبض الدراهم فعلى المشتري
لان عليه تسليم ثمن جيد فكانت مونة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها
فعلى البائع لانه قبض حقه ظاهرا فانما يطلب بالنقد اذا ادعى فكان
الناقد عاملا له فكانت اجرة عمله عليه واما بيان وقت الوجوب
فالوجوب على التوسع يثبت عقيب العقد بلا فصل واما على التضييق
فان تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا اذ الحال كل واحد منهما

تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا

صاحبه بالتسليم لما ذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضات مطلوبة
المتعاقدين عادة وتحقيق التساوي هاهنا في التسليم معا لما ذكرنا انه
ليس احدهما بالتقديم اولى من الاخر وكذلك ان تبايعا دينا بدين لما قلنا
وان تبايعا عينا بدين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشتري تسليم

في تفسير القبض والتسليم وصورتهما

الثمن اولا لتحقيق التساوي فيه على ما بينا فيما تقدم واما تفسير التسليم
والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي وهو ان يخلي البائع
بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري
من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له وكذا
تسليم الثمن من المشتري الى البائع وقال الشافعي القبض في الدار والعقار

والاشجار بالتخلية واما في الدراهم والدنانير فعندنا وهما بالبراجم
وفي الثياب بالنقل وكذا في الطعام اذا اشتراه مجازفة واذا
اشتراه مكايلة بالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه وجه قوله
ان الاصل في القبض هو الاخذ بالبراجم لانه القبض حقيقة الا ان فيما
لا يحتمل الاخذ بالبراجم اقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله
اقيمت التخلية مقامه ولنا ان تسليم الشيء في اللغة عبارة عن
جعله سالما خالصا يقال سلم فلان لفلان اي خلص له وقال الله تعالى
ورجلا سلما لرجل اي سالما خالصا له لا يشركه فيه احد فتسليم
المبيع الى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري خالصا له بحيث لا
ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع
والتخلي قبضا من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن الى البائع لان
التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وان يكون له سبيل الخروج
عن عهدة ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع
فاما الاقباض فليس في وسعه لان الاقباض بالبراجم فعل اختياري
للقابض فلو تعلق وجوب التسليم عليه لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا
لا يجوز ثم لا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله في ان اصل القبض يحصل بالتخلية
في سائر الاقوال واختلفوا في انها هل هي قبض تام فيها ام لا وجملة الكلام
فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون مما له مثل واما ان يكون مما لا مثل له
من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا
خلاف حتى لو اشترى مذروعا مذارعة او معدودا معاددة فوجدت
التخلية يخرج عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع
والعد بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لانه
لا يعتبر القدر في بيع المجازفة وان باع مكايلة او موازنة في المكيل

ان اصل القبض يحصل بالتخلية واختلف في كونها قبضا تاما

لا يعتبر القدر في بيع المجازفة

والموزون

والموزون وخلى فلا خلاف في ان المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل
في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل او الوزن يهلك
على المشتري وكذا لا خلاف في انه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع
به قبل الكيل والوزن وكذا لو اكتاله المشتري او اتزنه من بايعه
ثم باعه مكايلة او موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه ان يبيعه او ينتفع
به حتى يكيله او يزنه ولا يكتفي باكتيال البائع او اتزانه من بايعه
وان كان ذلك بحضرة هذا المشتري لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا في ان حرمة التصرف قبل
الكيل والوزن لانعدام تمام القبض بانعدام الكيل او الوزن او شرعا
غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام
بالكيل والوزن وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه اصلا
لا يجوز بدون قبضه بتمامه وجه قول الاولين ما ذكرنا ان معنى التسليم
والتسلم يحصل بالتخلية لان المشترى يصير سالما خالصا للمشتري على وجه
يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وارادته ولهذا
كانت التخلية تسليما وقبضا فيما لا مثل له وفيما له مثل اذا بيع مجازفة
ولهذا يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخلية نفسها بلا خلاف دل ان
التخلية قبض الا ان حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبدا
غير معقول المعنى والله اعلم وجه قول الآخرين تعليل محمد رحمه الله
في هذه المسألة في كتاب البيوع فانه قال ولا يجوز للمشتري ان يتصرف
فيه قبل الكيل لانه باعه قبل ان يقبضه ولم يرد به اصل القبض لانه موجود
وانما اراد به تمام القبض والدليل على ان الكيل والوزن في المكيل والموزون
الذي بيع مكايلة وموازنة من تمام القبض ان القدر في المكيل والموزون
معقود عليه الا ترى انه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل يرد او نقص

هلاك المبيع بعد التخلية

يجب الكيل والوزن على المشتري الثاني اذا باع المشتري الاول

لها ثمن يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما الا بالكيل والوزن
لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قدر قبض المعقود عليه الا بالكيل
والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع
المنقول قبل قبضه بتمامه كما لا يجوز قبل قبضه اصلا وراسا بخلاف
المذروعات لان القدر فيها ليس معقودا عليه بل هو جار مجرى الوصف الذرع وصف يجوز التصرف قبله
والاوصاف لا تكون معقودا عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن
وفي النقصان لا يسقط عنه شيء من الثمن فكانت التخلية فيها قبضا
تاما فيكتفى فيها في جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات
على ما بينا الا انه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجودها القبض
باصله والخروج عن ضمان البائع متعلق باصل القبض لا بوصف الكمال فاما
جواز التصرف فيه مستدعي قبضا كاملا لورود النهي عن بيع ما لم يقبض
والقبض المطلق هو القبض الكامل والله اعلم واما المعدودات المتقاربة
اذا بيعت عددا لا جزافا فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند ابي العدوديات كالمكيلات
حنيفة رحمه الله حتى لا يجوز بيعها الا بعد العد وعند ابي يوسف ومحمد
حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد ووجه قولهما ان العددي
ليس من اموال الربا كالذرعي ولهذا لم تجز المساواة فيه شرطا لجواز
العقد كما لا يشترط في المذروع فكان حكمه حكم المذروع ولابي حنيفة رحمه
الله ان القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون الا ترى
لو عده فوجده زائدا لا يطيب الزيادة له بلا ثمن بل يردها او يأخذها بثمنها
ولو وجده ناقصا يرجع بقدر النقصان كما في المكيل والموزون دل ان القدر
فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت فلا
بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره ولا يعرف قدره الا
بالعد فاشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة الكيل والموزون

لا يجري الربا في المعدودات
في ضمان العد وان الا انه لم يجر فيه الربا لان المساواة بين واحد وواحد
في العقد تثبت باصطلاح الناس واهدارهم التفاوت بينهما في الصغر
والكبر لكن ما يثبت باصطلاح الناس جاز ان يبطل باصطلاحهم ولما
تبايعا واحدا باثنين فقد اهدرا اصطلاح الاهدار واعتبرا الكبر لانهما
قصدا تصحيح البيع ولا عبرة الا باعتبار الكبر وسقط العد فكان احدهما
من احد الجانبين بمقابلة الكبير من الجانب الاخر فلا يتحقق الربا اما
ههنا لا بد من اعتبار العد اذا بيع عددا واذا اعتبر العد لا يجوز التصرف
فيه قبل القبض كما في المكيل والموزون بخلاف المذروع فان القدر فيه
ليس معقودا عليه على ما بينا فكانت التخلية فيه قبضا تاما فكان يتصرف
في المبيع المنقول بعد القبض وانه جائز والله اعلم ولو كاله البائع او
وزنه بحضرة المشتري كان ذلك كافيا ولا يحتاج ثانيا الى الكيل لان اذا كان بحضرة المشتري كان كافيا
المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشتري وما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع
وصاع المشتري محمول على موضع مخصوص وهو ما اذا اشترى مكايلة
فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يجز لهذا المشتري التصرف فيه حتى يكيله
وان كان هو حاضرا عند اكتيال بايعه ولا يكتفى بذلك وكذا اذا اسلم
الى رجل في حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه قدر المسلم فيه من رجل
مكايلة وامر رب السلم بالقبض ايفاء فانه لا يجوز له التصرف فيه ما لم يكله
مرتين للمسلم اليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السلم قرض بان
استقرض المستقرض كرا من انسان وامر المقرض بقبض الكر فانه يكتفي فيه
بكيل واحد للمشتري والمستقرض ووجه الفرق ان الكيل والوزن فيما عقد
بشرط الكيل والوزن في المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من
تمام القبض على ما بينا والسلم عقد بشرط الكيل والوزن في المسلم اليه يصير قابضا

له فيجعل كان المسلم اليه قبضه بنفسه من البائع ثم جعل لنفسه ليصير قابضا
لنفسه لان القبض بالكيل في باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه
بتمييز حق المشتري عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط
له القبض ولان الاقراض اعارة عندنا فالمقبوض من بدل القرض كانه
عين حقه فصار كما لو اعار عينا ثم استرده فيصح قبضه بدون الكيل
وانما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله اعلم واما بيان ما يصير
المشتري به قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير به قابضا فنقول وبالله
التوفيق المبيع لا يخلو اما ان يكون في يد البائع واما ان يكون في يد المشتري
فان كان في يد البائع فاتلفه المشتري صار قابضا له لانه صار قابضا
له بالتخلية فبالاتلاف اولى لان التخلية تمكين من التصرف في المبيع
والاتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف
وكذلك لو قطع يده او شج راسه وكل تصرف نقص منه شيئا لان هذه
الافعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضا
فبها اولى وكذلك لو فعل البائع شيئا من ذلك بامر المشتري لان فعله
بامر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو اعتقه المشتري يصير قابضا
لان الاعتاق اتلاف حكما فيلحق بالاتلاف حقيقة وكذا لو دبره او
استولد الجارية اي اقر انها ام ولد له لان التدبير او الاستيلاد تنقيص
حكما فكان ملحقا بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بان كان جارية او
عبدا فالقياس ان يصير قابضا وهو رواية عن ابي يوسف وفي الاستحسان
لا يصير قابضا وجه القياس ان التزوج تعييب الا ترى ان الزوجية عيب
يرد بها واذا كانت الزوجية عيبا كان التزويج تعييبا والتعييب قبض
وجه الاستحسان انه تعييب حكما لا حقيقة لانه لا يوجب تنقيص المحل ولا
نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضا وكذا لو اقر عليه بالدين

القرض اعارة

فـ ما يصير المشتري به قابضا من التصرفات

اعتاق المشتري قبض

فالقياس ان يصير قابضا لان الدين عيب حتى يرد به وفي الاستحسان
لا يصير قابضا لانه تعييب حكمي وانه لا يوجب النقصان فلا يكون قبضا
ولو وطيها الزوج في يد البائع صار المشتري قابضا لان الوطي اثبات
اليد على الموطوءة وانه حصل من الزوج بتسليط المشتري فكان من حيث
انه اثبات اليد مضافا الى المشتري فكان قابضا من المشتري ولو اعار
المشتري المبيع من البائع او اودعه او آجره لم يكن شيء من ذلك قبضا
لان هذه التصرفات لم يصح من المشتري لان يد الحبس بطريق الاصالة ثابتة
للبائع فلا يتصور اثبات يد النيابة بهذه التصرفات فلم يصح من المشتري
لان يد الحبس والتحقت بالعدم ولو اعاره او اودعه اجنبيا صار قابضا
لان الاعارة والايداع اياه صحيح فقد اثبت يد النيابة لغيره فصار
قابضا ولو ارسل المشتري العبد المبيع الى حاجة صار قابضا لان ارساله
في الحاجة استعمال له بدليل انه صار غاصبا له واستعماله اياه اثبات
يده عليه وهو معنى القبض ولو جنى اجنبي على المبيع فاختار المشتري
اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند ابي يوسف وعند
محمد لا يكون حتى لو توى الضمان على الجاني بان مات مفلسا كان التوى على
المشتري ولا يبطل البيع عند ابي يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند
محمد يبطل البيع والتوى على البائع ويسقط عن المشتري الثمن وكذلك لو
استبدل المشتري الضمان فياخذ مكانه من الجاني شيئا اخر جاز عند
ابي يوسف وعند محمد لا يجوز لان هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض
لان القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل
القبض لا يجوز لا من البائع ولا من غيره وكذا المبيع لو كان مصوغا من فضة
اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ اجنبي قبل القبض فاختار المشتري
اتباع الجاني بالضمان ونقد الدينار الى البائع وافترقا قبل قبض ضمان

زوج الجارية المشتراه ووطيها الزوج

اعارة من البائع او اجاره لم يكن قبضا

ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف لأن اختياره
تضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم
القبض وجه قول محمد أن الضمان حكم العين لأنها قيمة العين قائمة مقامها
ولهذا بقي العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قائمة
فهلك قبل القبض كان الهلاك على البائع ويبطل البيع ويسقط الثمن عن
المشتري فكذا القيمة ولأبي يوسف أن جناية الأجنبي حصلت بأمر
المشتري وأمره دلالة فيصير قابضا كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك أن
اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك منه المضمون لأن المضمونات (المضمونات تملك باختيار الضمان مستندا الى وقت سبب الضمان)
تملك باختيار الضمان مستندا إلى وقت سبب الضمان فيصير كأن الجناية
حصلت بأمر المشتري فيصير قابضا لأن فعل الأجنبي بأمر المشتري بمنزلة
فعل المشتري بنفسه ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملا فإن
كان عملا لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجر أو بغير أجر لا يصير قابضا
لأن التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد
الثابتة كما إذا نقله من مكان إلى مكان فكان الأمر به استيفاء لتلك اليد
فلا يصير به قابضا وتجب الأجرة على المشتري إن كان بأجر لأن الإجارة
قد صحت لأن العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن يقابله الأجرة وإن
كان عملا ينقصه يصير قابضا لأن تنقيصه إتلاف جزء وقد حصل بأمره فكان
مضافا إليه كأنه فعله بنفسه والله أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم
في كر حنطة فلما حل الأجل أمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله في غرائر المسلم
إليه أو دفع إليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل أنه إن كان رب السلم
حاضرا يصير قابضا بالتخلية فإن كان غائبا لا يصير قابضا لأن الحنطة التي
يكيلها المسلم إليه ملكه لا ملك رب السلم لأن حقه في الدين لا في العين
فلم يصح أمر المشتري إياه بكيلها فلم يصر وكيلا له فلا تصير في يد رب السلم

سواء كانت الغرائر للمسلم إليه أو لرب السلم لأن يد رب السلم عن
الغرائر قد زالت فإذا كال فيها الحنطة فلم يصر في يد رب السلم فلا
يصير قابضا وكذلك لو استقرض من رجل كرا ودفع إليه غرائره ليكيله
فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضا لأن القرض لا يملك قبل القبض فكان
الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المستقرض إياه بكيله فلا يصير وكيلا
له فلا تصير في يد المستقرض كما في السلم ولو اشترى من إنسان كرا بعينه
ودفع إليه غرائره وأمره أن يجعله فيها ففعل صار قابضا سواء كان المشتري
حاضرا أو غائبا لأن المعقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس
العقد فصح أمر المشتري لأنه تناول عينا هو ملكه فصح أمره وصار
البائع وكيلا له وصارت في يد المشتري وكذلك الجواب إذا طحنه
المسلم إليه بأمر رب السلم لم يصر قابضا ولو طحنه البائع بأمر المشتري
صار قابضا لأن الطحن بمنزلة الكيل في الغرائر ولو استعار المشتري
من البائع غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل فإن كان المشتري حاضرا
يصير قابضا بالتخلية بالإجماع وإن كان غائبا لا يصير قابضا عند محمد
ما لم يسلم الغرائر إليه سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها وقال أبو يوسف
إن كانت بعينها صار المشتري قابضا بنفس الكيل فيها فإن كانت بغير
عينها بأن قال أعرني غرارة وكل فيها لا يصير قابضا وجه قول محمد أن
الغرائر عارية في الوجهين جميعا ولم يقبضها والعارية لا حكم لها بدون (العارية لا حكم لها بدون القبض)
القبض فبقيت في يد البائع فبقي ما فيها في يد البائع أيضا فلا يصير المشتري
قابضا إلا بتسليم الغرائر إليه ولأبي يوسف الفرق بين حالة التعيين
وعدم التعيين وهو أن الغرائر إذا كانت معينة مسارا إليها فإن لم يمكن
تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث إقامتها مقام
يده وإذا لم تكن معينة فلا وجه للإعارة بوجه وقول محمد رحمه الله

اظهر والله اعلم ولو اشترى كرا بعينه وله على البايع كر دين فاعطاه
جوالقا وقال له كلهما فيه ففعل صار قابضا لهما سوا كان المبيع اولا او
الدين وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان كان
المبيع اولا يصير قابضا لهما كما قال ابو يوسف وان كان الدين اولا لم يصر قابضا
للدين وكان قابضا للعين وكانا شريكين وجه قول محمد ان نفس الكيل
في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فاذا ابتدا بكيله لم يصر المشتري قابضا له
ثم اذا كال الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين
مقام العين فصار قابضا له وجه قول ابي يوسف ان البايع خلط ملك
المشتري بملك نفسه في الحال بامر المشتري فكان مضافا الى المشتري
والخلط من اسباب التملك في الجملة فملك المشتري الدين بالخلط وقد
جعله في غرايره بامره فصار قابضا له والله اعلم ولو باع قطنا
في فرايش او حنطة في سنبل وسلم كذلك فان امكن المشتري قبض القطن
او الحنطة من غير فتق الفرايش او دق السنبل صار قابضا له لحصول معنى
القبض وهو التخلي والتمكن من التصرف وان لم يمكنه الا بالفتق او الدق
لانه تصرف في ملك البايع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن
والتخلي فلا يصير قابضا ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضا
لانه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك البايع فحصل التخلي بتسليم
الشجرة فكان الفتق قابضا بخلاف بيع القطن في الفرايش والحنطة في السنبل
ولهذا قالوا ان اجرة الجذاذ على المشتري واجرة الفتق والدق على البايع
اذا كان المشتري لا يمكنه القبض الا به لانه حصل قابضا للثمر بتسليم الشجر
فكان الجاذ عاملا للمشتري فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم
الفرايش والسنبل فكان الفتق والدق على البايع مما يتحقق به التسليم فكانت
اجرته عليه والله اعلم هذا اذا كان المبيع في يد البايع وقت البيع فاما

بيع القطن في الفرايش والحنطة في السنبل

باع الثمرة على الشجر وسلم كذلك صار قابضا

اذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضا للمبيع بنفس العقد ام يحتاج فيه
الى تجديد القبض فالاصل فيه ان الموجود وقت العقد ان كان مثل
المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان اقوى من المستحق
ناب عنه وان كان دونه لا ينوب عنه لانه اذا كان مثله امكن تحقيق
التناوب لان المتماثلين غيران ينوب كل واحد مناب صاحبه ويسد
مسده وان كان اقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه
لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسايل
وجملة الكلام فيها ان يد المشتري قبل الشرا اما ان كانت يد ضمان
واما ان كانت يد امانة فان كانت يد ضمان بنفسه كيد الغصب
يصير المشتري قابضا للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سوا
كان المبيع حاضرا او غايبا لان المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض
مضمون بنفسه فتجانس القبضان فناب احدهما عن الاخر لان التجانس يقتضي
التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد
مسده سوا كان المبيع حاضرا او غايبا لان يد الغاصب في الحالين يد
ضمان وان كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بان باع الراهن المرهون
من المرتهن فانه لا يصير قابضا الا ان يكون الرهن حاضرا او يذهب الى
حيث كان الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس مضمون بنفسه بل
بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها
فلا ينوب احدهما عن الاخر ولان الرهن امانة في الحقيقة فكان قبضه
قبض امانة وانما يسقط الدين بهلاكه لمعنى اخر لكونه مضمونا على ما عرف
واذا كان امانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة
وان كانت يد المشتري يد امانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضا الا
ان يكون بحضرته او يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي لان يد الامانة ليست

اذا كان المشتري قابضا قبل العقد

المتماثلين غيران ينوب كل واحد مناب الاخر ويسد مسده

قبض الضمان ينوب عن قبض البيع كما في الغصب

قبض الرهن لا ينوب عن قبض البيع

قبض الامانة لا ينوب عن البيع

اختلفا في قبض المبيع فالقول للمشتري

لبست من جنس يد الضمان فلا يدنا وبان والله اعلم ولو اختلف البايع
والمشتري في قبض المبيع فقال البايع قبضته وقال المشتري لم اقبضه
فالقول قول المشتري لان البايع يدعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن
وهو ينكر ولان عدم القبض اصل فكان الظاهر شاهدا للمشتري فكان
القول قوله مع يمينه وكذلك اذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض
فالقول قول المشتري لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البايع
لما قلنا في قبض المبيع لما قلنا والله اعلم ولو اختلفا فقال البايع للمشتري
قطعت يده فصرت قابضا وقال المشتري للبايع انت قطعت يده وانفسخ
البيع فيهما لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ويجعل كان يده ذهبت
بافة سماوية لتعارض الدعويين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا يكون
قول احدهما بالقبول على صاحبه اولى من قول الاخر فلا يقبل ويجعل كانها
ذهبت بافة سماوية وتخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض فان شا اخذ
الباقي بجميع الثمن وان شا رده على البايع فان اختار الاخذ حلف كل
واحد منهما على دعوى صاحبه وياخذ كذا ذكر القدوري في شرحه اما تحليف
البايع فلا اشكال فيه لان المشتري يدعي عليه سقوط بعض الثمن وهو
ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يسقط عن المشتري شي من الثمن فكان تحليفه
مفيدا واما تحليف المشتري فمشكل لانه لا يفيد شيا لانه ياخذ بعد
الحلف بكل الثمن وهذا فيما اذا اختار المشتري الرد على البايع لانه لا
يحلف البايع بل يحلف المشتري وحده لان تحليف البايع لا يفيد شيا
حيث رده عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال او يوزن فذهب
بعضه فاختلفا فقال البايع للمشتري انت اكلت وقال المشتري للبايع
مثل ذلك انه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كانه ذهب بعضه
بافة لما قلنا وتخير المشتري لتفرق الصفقة الا ان هاهنا ان اختار الاخذ

اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البايع

للاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف

اخذ الباقي بما بقي من الثمن لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه
فكان له حصة من الثمن والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف
فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت مقصودة بالقبض او بالجناية على ما بينا
فيما تقدم وذكر القدوري هاهنا ايضا انه يحلف كل واحد منهما على
دعوى صاحبه وياخذ ولا اشكال هاهنا في تحليف المشتري لان
التحليف مفيد في حقه لان البايع يدعي عليه كل الثمن وهو ينكر
فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيدا واما تحليف البايع
ففيه اشكال لان المشتري يدعي عليه سقوط بعض الثمن وذا حاصل له
من غير تحليف فلم يكن تحليفه مفيدا في حقه فينبغي ان لا يحلف وان اختار
الرد على البايع حلف المشتري وحده دون البايع لما قلنا فان اقام
احدهما البينة قبلت بينته لانها قامت على امر جايز الوجود وان اقاما
البينة فالبينة بينة البايع لانها مثبتة الا ترى انها توجب دخول
السلعة في ضمان المشتري وتقرر الثمن عليه وبينة المشتري نافية فالمثبتة
اولى والله اعلم ومنها ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن وهذا
عندنا وقال الشافعي في قول يسلمان معا وفي قول يسلم المبيع اولا ثم يسلم
الثمن اما قوله الاول فبنا على اصله الذي ذكرنا فيما تقدم وهو ان الثمن
والمبيع من الاسماء المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان
كل ثمن مبيعا وكل مبيع ثمنا واما قوله الثاني وهو ان في تقديم تسليم المبيع
صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن
لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم
المبيع اولى صيانة للعقد عن الانفساخ ما امكن ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الدين مقضي وصف الدين بكونه مقضيا عاما او مطلقا فلو تاخر تسليم الثمن
عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا وهذا خلاف النص وروي عن

اقاما البينة او احدهما

ف حق حبس المبيع لاستيفا الثمن

قوله ومنها اي ومن الاحكام المتعلقة بالبيع والثمن

البني صلى الله عليه وسلم انه قال ثلث لا تؤخرن الجنازة اذا حضرت
والايم اذا وجدت لها كفوا والدين اذا وجدت ما يقضيه وتقديم تسليم
المبيع تاخير الدين وانه منفي بظاهر النص ولان المعاوضات مبناها على
المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن
لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على اصلنا فلا
بد من تسليمه اولا تحقيقا للمساواة قوله فيما قلته صيانة العقد عن
الانفساخ بهلاك المبيع قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق
بالعدم فيلزم مراعاة معنى المساواة في ذلك ثم الكلام في هذا الحكم
في موضعين احدهما في بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثاني في بيان ما
يبطله بعد ثبوته اما شرط ثبوته فشيئان احدهما ان يكون احد البدلين
عينا والاخر دينا فان كانا عينين او دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان

اذا كانا عينين يسلمان معا

معا لما ذكرنا فيما تقدم والثاني ان يكون الثمن حالا فان كان الثمن موجلا
لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقا للبايع لطلبة المساواة عادة

اذا كان الثمن موجلا لا يثبت حق الحبس

على ما بينا ولما باع بثمن موجل فقد اسقط حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان
الثمن موجلا في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الاجل فله ان يقبضه
قبل نقد الثمن وليس للبايع حق الحبس لانه اسقط حق نفسه بالتاجيل والساقط
متلاشي فلا يحتمل العود وكذلك لو طرى الاجل على العقد بان اخر الثمن بعد

الساقط لا يعود

العقد فلم يقبض المبيع حتى حل الاجل له ان يقبضه قبل نقد الثمن ولا يملك البايع
حبسه لما قلنا ولو باع بثمن موجل فلم يقبض المشتري حتى مضى الاجل هل اجل
اخر في المستقبل ينظر ان ذكر اجلا مطلقا بان ذكر سنة مطلقة غير معينة

باع بثمن موجل فلم يقبض المبيع حتى مضى الاجل

فله اجل اخر وهو سنة اخرى من حين قبض المبيع عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد الثمن حال وليس له اجل اخر وان ذكر اجلا بعينه بان باعه
الى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالا بالاجماع وجه

قولهما

وجه قولهما ان السنة المطلقة تنصرف الى سنة تعقب العقد بلا فصل
فاذا مضت انتهى الاجل كما لو عين الاجل نصا ولابي حنيفة رحمه الله
ان التاجيل في الثمن شرع نظرا للمشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تاخير
المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا وان يكون اعتبار الاجل
من وقت قبض المبيع فكان هذا تاجيلا من هذا الوقت دلالة بخلاف
ما اذا عين الاجل لانه نص على تعيينه فوجب اعتبار المنصوص عليه اذ لا
دلالة مع النص بخلافها ولو كان في المبيع خيار الشرط لهما او لاحدهما

اذا كان في البيع خيار شرط والاجل مطلق فهو من حين سقوط الخيار

والاجل مطلق فابتداء الاجل من حين وجوب العقد وهو وقت سقوط
الخيار لا من حين وجوده لان تاجيل الثمن هو تاخيره عن وقت وجوبه
ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد والتزامه لا قبله اذ لا وجوب
للثمن قبله والله اعلم واما بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما

ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل

لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا اخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس
لانه اخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتاخر حق المشتري في قبض المبيع
وكذا المشتري اذا نقد الثمن كله او ابراه البايع عن كله بطل حق
الحبس لان حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا ثمن محال ولو نقد
الثمن كله الا درهما كان له حق حبس الجميع جميعه لاستيفاء الباقي لان
المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزى فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء
من اجزاء الثمن وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما

باع شيئين صفقة وسمى لكل ثمنا له حبسهما الى استيفاء الجميع

ثمنا فنقد المشتري حصة احدهما كان للبايع حبسهما حتى يقبض حقه الاخر لما
قلنا ولان قبض احدهما دون الاخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض
والمشتري لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بان يقبل الايجاب
في احدهما دون الاخر فلا يملك التفريق في حق القبض ايضا لان للقبض شبها
بالعقد وكذلك لو ابراه من حصة احدهما فله حبس الكل لاستيفاء

باع لاثنين له الحبس حتى يقبض من الآخر

الباقي لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد احدهما حصته كان له
حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الآخر وروي عن ابي يوسف في النوادر
انه اذا نقد احدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع ووجهه ان الواجب
على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا ادى النصف فقد ادى ما وجب عليه
فلا معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على اداء صاحبه ولانه لو توقف
وصاحبه مختار في الاداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه اصلا
وراسا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلية والتخلي تسليما وقبضا في
الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم وجه ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا
ان المبيع في حق استحقاق الحبس بالثمن لا يحتمل التجزي فكان استحقاق بعضه
استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق في
القبض كما لا تحتمله في القبول فان غاب احدهما لم يجبر الآخر على تسليم
كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ
بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض العبد هل
يكون متبرعا فيما تقدم لا اختلاف فيه وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا
يكون متبرعا وله ان يحبسه عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما نقد عنه وقال
ابو يوسف هو متطوع في حصته وجه قوله ظاهر لانه قضى دين صاحبه بغير
امره فكان متبرعا كما في سائر الديون ولهما انه قضى دين صاحبه بامره
دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بامره نصا ودلالة ذلك انه لما
غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم
حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له
بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا دينه بامره دلالة فلم يكن متطوعا وصار
هذا كمن اعار ماله انسانا ليرهنه بدينه فرهنه ثم افتكه المعير من مال
نفسه لا يكون متبرعا ويرجع على الراهن لان الراهن لما علم انه لو مال المعير

بدينه

حبس م

بدينه ولا يزول العلق الا بالفكاك كان اذنا له بالفكاك دلالة كذا
هذا وله حق العبد الى ان يستوفي ما نقد عنه كما لو نقد بامره نصا ولو
ادى جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك في يده قبل الحبس يرجع على شريكه
بنصف الثمن لانه ادى عنه ما امره به دلالة على ما ذكرنا والله اعلم والرهن
بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانه لا يسقطان الثمن عن ذمة
المشتري ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى
حق الحبس لاستيفائه واما الحوالة بالثمن فهل يبطل حق الحبس قال ابو
يوسف يبطل سواء كانت الحوالة من المشتري بان احال المشتري البائع
بالثمن على انسان وقبل المحال عليه الحوالة او من البائع بان احال البائع
غريما له على المشتري وقال محمد ان كانت الحوالة من المشتري لا يبطل
وللبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المحال عليه وان كانت من
البائع فان كانت مطلقة لا يبطل ايضا وان كانت مقيدة بما عليه يبطل
فابو يوسف اذا بقاء حق الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري وذمته
برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة
لبقاء حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري الا ترى ان له ان يطالب
المحال عليه فلم يبطل حق الحبس وبطلت حوالة البائع اذا كانت مقيدة
بما على المحال عليه فيبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس في الشرع
يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته بدليل ان الثمن اذا كان
موجلا لا يثبت حق الحبس والثمن في ذمة المشتري قائم وانما سقطت المطالبة
دل ان حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن في ذاته وحق المطالبة
في حوالة المشتري وحوالة البائع اذا كانت مطلقة فكان حق الحبس
ثابتا وفي حوالة البائع اذا كانت مقيدة منقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى
هذا الخلاف اذا احال الراهن المرتهن بدينه على رجل او احال المرتهن

في الرهن بالثمن

في الحوالة بالثمن

الحوالة هل يبطل بها الرهن

غرمائه بدينه الذي له على الراهن حوالة مطلقة او مقيدة انه يبطل
حق المرتهن في حبس الرهن عند ابي يوسف وعند محمد لا يبطل في حوالة الراهن
وكذا في حوالة المرتهن اذا كانت مطلقة وان كانت مقيدة يبطل ولو
اعادة المبيع للمشتري سلطان حق الحبس — اعار البائع المبيع المشتري او اودعه اياه بطل حق الحبس حتى لا يملك
استرداده في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يبطل وللبائع
ان يسترده وجه هذه الرواية ان عقد الاعارة والايداع ليس
بعقد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن اذا اعار الرهن
الراهن المعار يسترد — من الراهن او اودعه اياه له ان يسترده لما قلنا كذا وجه ظاهر
ظاهر الرواية ان الاعارة والايداع امانة في اليد والمشتري
لا يصلح نائبا عن البائع في اليد لانه اصل في الملك فكان اصلا في اليد
يد المرتهن — فاذا وقعت العارية او الوديعة في يده وقعت بجهة الاصالة وهي
يد الملك ويد الملك يد لازمة فلا يملك ابطالها بالاسترداد بخلاف
فان المرتهن في اليد الثابتة بعقد الرهن مترك المالك فيمكن تحقيق معنى
الانابة ويد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض المشتري
قبض باذن البائع لا يسترد — المبيع باذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد ولو قبض المشتري
لانه ابطل حقه بالاذن بالقبض ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله ان يسترده
قبض بغير اذنه يسترد — لان حق الانسان لا يجوز ابطاله عليه بغير رضاه ولو كان المشتري تصرف
فيه نظر في ذلك فان كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن
تصرف فيه بعدما قبضه بغير اذنه — والاجارة والامهار فسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان
تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد
لان الاسترداد والاعادة الى الحبس اما ان كان مع نقض هذه التصرفات
النقض — واما ان كان مع قيامها لا سبيل الى الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض
ولا سبيل الى الثاني لانها اذا بقيت كانت الاعادة الى الحبس حبس الحر من

كل وجه او من وجه وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس اصلا ولو نقد
اذا وجد الثمن زيوفا — المشتري الثمن فوجده البائع زيوفا او ستوقا او مستحقا او وجد بعضه
كذلك فهذا لا يخلو اما ان كان المشتري قبض المبيع واما ان لم يكن
قبض فان كان لم يقبضه كان له حق الحبس في الفصول كلها لانه تبين
انه ما استوفى حقه وان كان قبضه المشتري ينظر ان كان قبضه بغير
اذن البائع فللبائع ان يسترده في الفصول كلها لما قلنا وكذلك ان
كان المشتري تصرف في المبيع فللبائع ان يفسخ تصرفه ويسترد المبيع الا
اذا كان تصرفا لا يحتمل الفسخ فلا يفسخ ويطالب المشتري بالثمن ولو نقد
المشتري الثمن قبل ان يفسخ التصرف الذي يحتمل الفسخ لا يفسخ لانه لما نقد
الثمن فقد بطل حقه في الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد وان كان
قبضه باذن البائع ينظر ان وجده زيوفا فردها لا يملك استرداد المبيع
عند اصحابنا الثلثة وعند زفر له ان يسترد وهو قول ابي يوسف الاول
وجه قول زفر ان البائع ما رضي بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه
في الثمن السليم لا في المعيب فاذا وجده معيبا لم يسلم له حقه فكان له
ان يسترد المبيع حتى يستوفي حقه كالراهن اذا قضى دين المرتهن وقبض الرهن
وجد المرتهن المقبوض زيوفا — ثم ان المرتهن وجد المقبوض زيوفا كان له ان يسترده ويرد الرهن لما قلنا
كذا هذا ولنا ان البائع سلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك
الاسترداد بعدما استوفى حقه ودلالة ذلك ان الزيوف جنس
حقه من حيث الاصل وانما الفائت صفة الجودة بدليل انه لو تجوز
به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه يكون استبدالا
ببدل الصرف والسلم وانه لا يجوز واذا كان المقبوض جنس حقه فتسليم
المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان
الارتهان استيفاء حقه من الرهن والافتكاك ايفاء من مال اخر

انفا من مال اخر فاذا وجد زيوفا تبين انه ما استوفى حقه فكان له ولاية
الاسترداد والدليل على الفرق بين الرهن والبيع انه لو اعار المبيع
المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو اعار المرهون
الراهن لا يبطل حق الحبس وله ان يسترد وان وجده ستوقا او رصاصا
او مستحقا واخذ منه له ان يسترد بخلاف الزيوف لان البايع انما
اذن المشتري بالقبض على انه استوفى حقه وتبين انه لم يستوف اصلا
ورأسا لان الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه الا ترى لو تجوز بها
في الصرف والسلم لم يجز واذا كان الاذن بالقبض على تقدير استيفاء
الحق وقد تبين انه لم يستوف تبين انه لم يكن اذنا له بالقبض ولا راضيا
به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل
للبايع عليه سوا كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والاجارة
ونحوها او لا يحتمل كالاعتاق ونحوه بخلاف ما اذا قبضه بغير اذن البايع
قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ انه يفسخ ويسترد لان هناك لم
يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف في المبيع ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان
محتملا للرد وها هنا وجد الاذن بالقبض فكان تصرف المشتري حاصلا عن تسليط
البايع فنفذ وبطل حقه في الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد
اذا تصرف فيه المشتري انه يبطل حق البايع في الفسخ الا ان في البيع الفاسد
اذا اجر المبيع تفسخ الاجارة وها هنا لا تفسخ لان الاجارة تفسخ بالعذر
وقد تحقق العذر في البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حقا للشرع دفعا
للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذرا في فسخ الاجارة
ولا فساد ها هنا فلا عذر في الفسخ فلا تفسخ ولو كان البيع كتابة فادى
المكاتب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زيوفا او مستحقا فالعتق
ماض وان وجده ستوقا او رصاصا لا يعتق لما ذكرنا ان الزيوف من جنس

وجده ستوقا او رصاصا او مستحقا يسترد

لو تصرف المشتري فيه بعد هذا القبض

اعتق المبيع ثم وجد الثمن ستوقا او رصا[صا]

حقه

حقه فصار بقبضها قابضا اصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحا
ظاهرا واحتمال الاجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت ايضا والعتق بعد ثبوته
ظاهرا لا يحتمل الفسخ بخلاف ما اذا وجده ستوقا او رصاصا لان ذلك ليس
من جنس حقه اصلا ورأسا فلم يوجد اداء بدل الكتابة فلا يعتق لتحقق الفرق
بينهما اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد
الافتراق زيوفا او مستحقا فرد الزيوف او اخذ المالك المستحقة بر في يمينه
وان وجده ستوقا او رصاصا حنث في يمينه والله اعلم ولو قبض المشتري
المبيع باذن البايع ثم افلس او مات قبل نقد الثمن او بعد ما نقد شيئا منه
وعليه ديون لاناس شتى هل يكون البايع احق به من ساير الغرماء اختلف فيه
قال اصحابنا لا يكون بل الغرماء كلهم اسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص وقال
الشافعي البايع احق به وان لم يكن قبضه حتى افلس او مات فان كان الثمن مؤجلا
فهو على هذا الاختلاف وان كان حالا فالبايع احق به بالاجماع احتج
الشافعي بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا افلس المشتري
فوجد البايع متاعه عنده فهو احق به وهذا نص في الباب ولان العجز عن تسليم
المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالاجماع فان من باع عبدا فابق قبل القبض
او غصب او كانت دابة فضلت فللمشتري ان يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن
يوجب الفسخ للبايع ايضا لان المبيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على
المساواة ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع بيعا فوجده
وقد افلس الرجل فهو ماله بين غرمايه وهذا نص وهو عين مذهبنا ولان البايع
لم يكن له حق في المبيع حال كون المشتري حيا مليئا فلا يكون احق بثمنه بعد موته
وافلاسه لان الثمن بدل المبيع قايم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد لان
بينهما مفارقة في الاحكام الا ترى ان ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن
ليس بشرط فانه لو اشترى شيئا بدراهم لا يملكها جاز ولو باع شيئا لا يملكه

قبض المبيع باذن البايع ثم افلس او مات لا يكون البايع احق من ساير الغرماء عندنا

لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض والتصرف في الثمن
قبل القبض جائز وغير ذلك من الاحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق
فاسدا والحديث محمول على ما اذا قبض المبيع بغير اذن البايع وعندنا البايع احق
به في هذه الحالة الا انه ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان
الملي يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر
الافلاس مقيدا حملناه على ما قلنا توفيقا بين الدلايل والله الموفق ومنها
وجوب الاستبراء في شرا الجارية وجملة الكلام فيه ان الاستبرا نوعان
نوع هو مندوب اليه ونوع هو واجب اما المندوب اليه فهو استبرا
البايع اذا وطى جارية واراد ان يبيعها او يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه
عند عامة العلماء وقال مالك انه واجب وجه قوله انه يحتمل شغل الرحم
بماء البايع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما في جانب المشتري ولنا
ان سبب الوجوب لم يوجد في حق البايع على ما نذكر ان شا الله تعالى والاعتبار
بالمشتري غير سديد لان الوجوب عليه لصيانة مايه عن الاختلاط بماء البايع
والخلط يحصل بفعل المشتري لا بفعل البايع فيجب الصيانة عليه بالاستبرا
لا على البايع لانه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بمايه فيكون البيع قبل
الاستبرا مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبرا مستحبا وكذا اذا وطى
امته او مدبرته او ام ولده ثم اراد ان يزوجها من غيره يستحب له ان لا يفعل
حتى يستبريها لما قلنا واذا زوجها قبل الاستبرا او بعده فللزوج ان يطاها
من غير استبرا وقال محمد احب الى ان يستبريها بحيضة وليس اوجبه عليه
وكذلك الرجل اذا راى امراة تزني ثم تزوجها له ان يطاها من غير استبرا
وقال محمد احب الى ان لا يطاها حتى يستبريها ويعلم فراغ رحمها والله اعلم
واما الاستبرا الواجب فهو استبرا المشتري وكل من حدث له حل الاستمتاع
بالجارية بحدوث ملك اليمين مطلقا والكلام فيه في مواضع في بيان وجوب

هذا

احكام الاستبراء المستحب

اذا زوج الجارية ليس على الزوج استبراء

الثانية لا استبراء عليها

في الاستبراء الواجب

هذا النوع من الاستبرا وفي بيان سببه وجوبه وفي بيان ما يقع به
الاستبرا اما الاول فالاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى
يستبران بحيضة والنص الوارد في السبي يكون واردا في ساير اسباب الملك
دلالة ولان الاستبرا طلب براة الرحم وانه واجب على المشتري لان به
تقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره
والصيانة عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة الا بالاستبرا فيكون
واجبا ضرورة فلا يحل له وطيها ولا ان يلمسها لشهوة او ينظر الى فرجها
عن شهوة لان ذلك داعي الى الوطي والوطي اذا حرم حرم بدواعيه كما في باب
الظهار وغيره بخلاف الحايض حيث لم تحرم الدواعي منها لان المحرم هناك
ليس هو الوطي بل استعمال الاذى والوطي حرام لغيره وهو استعمال الاذى
ولا يوجد ذلك في الدواعي فلا تجوز والله اعلم واما سبب وجوبه فهو
حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعني به ملك الرقبة واليد
باي سبب حدث الملك من الشرا والسبي والهبة والصدقة والارث ونحو
فلا يجب الاستبرا على البايع لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على
المشتري لوجود سببه سوا كان بايعه ممن يطا او ممن لا يطا كالمراة
والصبي الذي لا يعقل وسوا كانت الجارية بكرا او ثيبا في ظاهر الرواية
لما قلنا وروى عن ابي يوسف انه اذا علم المشتري انها لم توطا لا يجب
الاستبرا لان الاستبرا طلب براة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر
بريئة فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراة والفراغ والجواب ان
الوجوب على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر
وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا

اللمس والنظر الى الفرج قبل الاستبراء بخلاف حال الحيض

سببه هو حدوث الملك

على من حرم عليه فرج امته بعارض الحيض والنفاس والردة والكتابة
والتزوج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت واسلمت وعجزت وطلقها
الزوج قبل الدخول بها لان حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن
منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين
فلم يوجد السبب ولا يجب بشرا جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بان وطيها
ابوه او ابنه او لمسها لشهوة او نظر الى فرجها لشهوة او كان وطي هو
امها او ابنتها او نظر الى فرجها عن شهوة او كانت مرتدة او مجوسية
ونحو ذلك من الفروج التي لا تحل بملك اليمين لان فايدة الاستبرا التمكن
من الاستمتاع بعد حصوله لا انعدام مانع معين منه وهو اختلاط
المايين والاستبرا في هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع
لوجود مانع اخر وهو ان المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمدبر
والمكاتب لانعدام حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي صلى
الله عليه وسلم لا يتسرى العبد ولا يتسرى مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب
شيا الا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده المادون ينظر ان لم يكن على
العبد دين اصلا او عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه ان يستبرئها اذا
كانت حاضت عند العبد وتجزي تلك الحيضة لان كسب المادون
الذي لا دين عليه او عليه دين غير مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبرا
عند ابي حنيفه وعند ابي يوسف ومحمد لا يجب بنا على ان المولى لا يملك كسب
عبده المادون المديون دينا مستغرقا عنده وعندهما يملكه ولو تبايعا
بيعا صحيحا ثم تقايلا فان كانت الاقالة قبل القبض فالقياس ان يجب
الاستبرا على البايع وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفه رحمه الله وفي
الاستحسان لا يجب وهو رواية محمد عن ابي حنيفه وهو قول ابي يوسف
ومحمد وجه القياس انه وجد سبب الوجوب في حقه وهو حدوث حل

استحسان

الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وانكار الحقايق مكابرة وجه الا
ان الاقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الاصل واعادة الى قديم الملك
كانه لم يزل عن ملك البايع فلم يوجد السبب معنا ان الملك قبل القبض غير
متاكد والتاكيد اثبات من وجه فلم يتكامل للمشتري فلم يحدث ملك اليمين
للبايع على الاطلاق فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد القبض
يجب اما عند ابي يوسف فلان الاقالة بيع جديد فكانت استحداثا للملك
مطلقا واما عند ابي حنيفة ومحمد وان كانت فسخا لكن في حق العاقدين
واما في حق ثالث فبيع جديد والاستبرا يجب حقا للشرع فاعتبر حق
الشرع ثالثا في حق وجوب الاستبرا احتياطا ولو رد الجارية بعيب
او خيار رؤية يجب الاستبرا على البايع لوجود السبب وهو حدوث
حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين في خيار الرؤية وخيار العيب لا
يمنع ثبوت الملك للمشتري واما الرد بخيار الشرط فينظر فيه ان كان
الخيار للبايع فلا يجب الاستبرا بالاجماع لان خياره لا يمنع زوال السلعة
عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وان
كان الخيار للمشتري لا يجب الاستبرا على البايع عند ابي حنيفه سوا
كان الرد قبل القبض او بعده بنا على ان خيار المشتري يمنع دخول السلعة
في ملكه عند ابي حنيفة واذا لم يدخل في ملك المشتري وان خرجت عن
ملك البايع فكانها لم تخرج وبقي على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب
واما عندهما فان كان الرد قبل القبض فالقياس ان يجب لانها زالت
عن ملك البايع ودخلت في ملك المشتري فاذا ردت عليه فقد وجد
سبب الوجوب في حق البايع وفي الاستحسان لا يجب لان الرد قبل القبض
فسخ محض فيرفع العقد من الاصل كانه لم يكن وان كان بعد القبض يجب
الاستبرا قياسا واستحسانا لانها دخلت في ملك المشتري وان كان

الاقالة بيع جديد في حق الاستبرا

البيع فاسدا ففسخ وردت الجارية الى البايع فان كان قبل القبض فلا
استبرا على البايع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه
الاستبرا بالاجماع لوجود السبب ولو اسرا العدو الجارية ثم عادت الى
المالك فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبرا على المالك لانعدام
السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز
بدارهم وجب لوجود السبب ولو ابقت من دار الاسلام الى دار الحرب
واخذها الكفار ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبرا
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما
عليه الاستبرا لانهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية ولها
زوج فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبرا على المشتري لانه
لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت
الشرا لقيام فراش الزوج وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث
الحل وهو ملك اليمين وذكر الكرخي ان على قول ابي يوسف يجب الاستبرا
على المشتري ومن هذا استخرجوا لاسقاط الاستبرا حيلة وهو ان
يزوج البايع الجارية ممن يجوز نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من
الشرائط ثم يبيعها ويسلمها الى المشتري ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها
فيحل للمشتري من غير استبرا وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها
المشتري لا يحل له وطيها حتى يستبريها وحيلة اخرى لاسقاط الاستبرا
ان يزوجها البايع من المشتري قبل الشرا والمشتري ممن يجوز له نكاحها
بان لم يكن تحته حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطيها من
غير استبرا وهذا الوجه الثاني اولى لانه يسقط عنه جميع المهر وفي
الوجه الاول على الزوج المطلق نصف المهر للبايع فيحتاج الى ابرايه عنه
ولو كانت الجارية في عدة من زوجها عدة طلاق او عدة وفاة فاشتراها

تحط

مطلب جارية تزوجها وطلقها

حيلة اسقاط الاستبرا

حيلة اخرى لاسقاط الاستبراء والاوجه ترك الحيلة

وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبرا عليه لان قيام العدة بمنزلة
قيام النكاح ولو كانت منكوحة وطلقها قبل الدخول بها لم يجب
الاستبرا كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخي على قول ابي يوسف يجب الاستبرا
فان انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك ولا يحل له حتى يستبريها
بعد القبض بحيضة اخرى في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يعتد
بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج وجوب
الاستبرا في النكاح حتى ان من تزوج جارية فللزوج ان يطاها من
غير استبرا لان السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين
وقال محمد احب الي ان يستبريها بحيضة ولست اوجبه عليه وذكر
الكرخي وقال لا استبرا عليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف استبراها
الزوج استحسانا وجه قول ابي يوسف لان المعنى الذي وجب له الاستبرا
في ملك اليمين موجود في ملك النكاح وهو التعرف عن براة الرحم
فوجب الاستبرا في الملكين ولابي حنيفة رحمه الله ان جواز نكاحها
دليل براة رحمها شرعا فلا حاجة الى التعرف بالاستبرا وما ذكره محمد
رحمه الله نوع احتياط وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية فلم يقبضها
حتى حاضت في يد البايع حيضة انه لا يجتزي بها في الاستبرا في ظاهر
الرواية حتى لو قبضها لا يحل له حتى يستبريها بحيضة اخرى لانه لم يحدث
له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك اليمين على الاطلاق لانعدام
اليد وهذا لان الملك قبل القبض غير متاكد والتاكد اثبات من وجه فكان
له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبرا وروي عن ابي يوسف انه
يجتزي بها ولا استبرا لان الحيضة قبل القبض تصلح دليلا على فراغ رحمها فيحصل
المقصود من الاستبرا فيكتفى بها واما بيان ما يقع به الاستبرا فنقول
وبالله التوفيق الجارية في الاصل لا تخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت

مطلب تزوج جارية بغير استبرا

بيان ما يقع الاستبرا

ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبراؤها بحيضة واحدة عند عامة
العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن معاوية رضي الله عنه ان استبراءها
حيضتين لان الاستبراء اخت العدة وعدتها حيضتان والصحيح قول العامة
لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطؤ
الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والفعلة للمرة والعدد
الشرعي يمنع من الزيادة عليه الا بدليل ولان ما شرع له الاستبراء وهو
حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغي ان لا يشترط
العدد في باب العدة ايضا الا انا عرفنا ذلك نصا بخلاف القياس
فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما ان كانت لا
تحيض من صغر او كبر واما ان كانت لا تحيض لعلة وهي الممتد طهرها
واما ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا تحيض لصغر او كبر فاستبراؤها
بشهر واحد لان الاشهر اقيمت مقام الاقراء في حق الايسة والصغيرة
في العدة وكذا في باب الاستبراء وان كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا
فيه قال ابو حنيفة لا يطاها حتى يعلم انها غير حامل ولم يوقت في ذلك
وقتا وقال ابو يوسف يستبرئها بثلثة اشهر او اربعة اشهر وعن محمد
روايتان في رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة ايام عدة الاماء وفي
رواية قال يستبرئها باربعة اشهر وعشر مدة عدة الحراير وقال زفر
يستبرئها بسنتين لان الولد الموجود في البطن لا يبقى اكثر من سنتين
فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حبل علم انها غير حامل ويحتمل ان يكون
هذا تفسير قول ابي حنيفة لا يطاها حتى يعلم انها غير حامل وهو اختيار
الطحاوي ويحتمل ان يكون ما قاله ابو يوسف تفسيرا لقوله لانها مدة
يعلم فيها انها ليست بحامل وهو اختيار الطحاوي لان الحبل يظهر في مثل
هذه المدة او كان لظهور اثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فبذلك

عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل بها فاستبراؤها بوضع
الحمل بعد القبض لان وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة
فاذا وضعت حملها حل له ان يستمتع بها ما سوى الجماع ما دامت في
نفاسها كما في الحايض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطاها
حتى يستبرئها ولا يجتزي بوضع الحمل قبل القبض كما لا يجتزي بالحيضة قبل
القبض وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف يجتزي به كما يجتزي بالحيضة قبل
القبض والله اعلم ثم ما ذكرنا من الحكم الاصلي للبيع وما يجري مجرى
التوابع للحكم الاصلي كما يثبت في المبيع يثبت في زوايد المبيع عندنا وعند
الشافعي لا يثبت شيء من ذلك في الزوايد والكلام فيه مبني على اصل
وهو ان زوايد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة او متصلة متولدة
من الاصل او غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعنده
ليست بمبيعة اصلا وانما تملك بملك الاصل لا بالبيع السابق وجه قول
الشافعي في اثبات هذا الاصل ان المبيع ما اضيف اليه البيع ولم توجد
الاضافة الى الزوايد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم
يكن الكسب مبيعا ولان المبيع ما يقابله ثمن اذ البيع مقابلة المبيع بالثمن
والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل بالاصل فلم تكن مبيعة كالكسب
ولهذا لم تجز الزيادة عنده في الثمن والمبيع ولنا ان المبيع ما يثبت فيه الحكم
الاصلي للبيع بالبيع والحكم الاصلي للبيع يثبت في الزوايد بالبيع السابق
فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصلي للبيع هو الملك والزوايد
مملوكة بلا خلاف والدليل على انها مملوكة بالبيع السابق ان البيع
السابق اوجب الملك في الاصل ومتى ثبت الملك في الاصل يثبت في التبع
فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافا الى البيع السابق فكانت
الزيادة مبيعة ولكن مع ثبوت الحكم الاصلي فيها تبعا وعلى هذا الاصل

مطلب زوايد المبيع مبيعة عندنا

...احكام زوائد المبيع

في احكام زوايد المبيع

مسائل بيننا وبين الشافعي منها ان للبايع حبس الزوايد لاستيفاء الثمن
كما له حق حبس الاصل عندنا وعنده ليس له ان يحبس الزوايد ومنها ان البايع
اذا اتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو اتلف
جزوا من المبيع وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو اتلفها
اجنبي ولا خيار للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يثبت على ما مر
وكذا لو اتلف الارش او العقر قبل القبض عندنا لانه اتلف بدل الجزو
الفايت فكان حكمه حكم الجزو ولو هلكت الزيادة بافة سماوية لا يسقط
من الثمن شيء بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعا بمنزلة
اطراف الادمي لا مقصودا والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
الا ان تصير مقصودة بالفعل من القبض او الجناية ولم يوجد ولا خيار
للمشتري لان الصفقة لم تتفرق عليه لان العقد ما اضيف اليها وانما
يثبت حكم العقد فيها تبعا فلا يثبت الخيار الا في ولد الجارية اذا
هلك قبل القبض بافة سماوية فانه يثبت الخيار للمشتري لا لهلاك الزيادة
بل لحدوث نقصان بالام بسبب الولادة وكذا الخيار بحدوث زيادة ما
قبل القبض الا في ولد الجارية لاجل نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة
ومنها ان المشتري اذا قبض الزوايد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا
فيقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى
لو اطلع المشتري على عيب بالاصل فانه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن
عندنا وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالاصل
يرده بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة شيء وكذا اذا وجد بالزيادة عيبا
يردها بحصتها من الثمن وعنده لا يردها بالعيب اصلا وكذا المشتري
اذا اتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لانه صار قابضا
له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا وعنده لا حصة لها

من الثمن بحال ولو هلك الاصل وبقيت الزيادة يبقى العقد في قدر الزيادة
عندنا وتصير لها حصة من الثمن فينقسم الثمن على الاصل يوم العقد وعلى
الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الاصل ويبقى بحصة
الزيادة بخلاف ما اذا هلك الاصل قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ
العقد اصلا وراسا ويسقط كل الثمن لان هناك لا فايدة في بقاء العقد
اذ لو بقي لطلب البايع من المشتري الثمن فيطلب المشتري منه تسليم المبيع
ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فايدة البقاء واذا بقيت الزيادة
كان في بقاء العقد في الزيادة فايدة لامكان تسليمها فبقي العقد فيها وصار
لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ما ذكرنا وعندنا اذا هلك
العقد انفسخ اصلا وراسا ومنها انه اذا اتلفها اجنبي وضمنها بلا خلاف
فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ ويرجع البايع على الجاني بضمان
الجناية وان شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن كما
لو اتلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشتري ومنها اذا اشترى
نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى اثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث
لا يطيب الكر وعليه ان يتصدق به عندنا لان الثمر الحادث زيادة متولدة
من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض حصة من الثمن كما لغيره من الزوايد
والثمن من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا
فيفسد البيع في الكر ولا يفسد في النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكرا
من تمر بكر من تمر ان العقد يفسد في التمر والنخل جميعا لان هناك الزيادة دخل
في العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الربا وهو التمر
والثمن مقسوم عليهما فيتحقق الربا وادخال الربا في العقد يفسد العقد
كله وههنا البيع كان صحيحا في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع وهو النخل
عنده الا انه لما زاد بعد العقد صار مبيعا في حال البقاء لا بصنعهما فيفسد

في الكرّ الحادث وبفيض الفساد عليه ومنها اذا اشترى عبدًا بالف درهم
يساوي الفين فقتل قبل القبض واختار البيع واتباع الجاني واخذ قيمته
الفين يتصدق بالالف الزايد عندنا لانه ربح ما لم يضمن وعنده لا يتصدق
بشي ومنها اذا غصب كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتى صارت
كرًا ونصف كر وضمن للمالك كرًا مثله فانه يملك ذلك الكر والنصف الكر
عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزايد وطاب له ما بقي لان الملك عندنا يثبت
من وقت الغصب بالضمان والزيادة بالانتفاع حصلت بعد هلاك فيعتبر بالهلاك
المتولد وعند الشافعي في هذا الفصل يرد الكل لان المضمونات عنده
لا تملك بالضمان ومنها ان الزوايد الحادثة بعد القبض مبيعة ايضا عندنا [الزوايد الحادثة بعد القبض مبيعة تمنع الرد بالعيب]
حتى لو وجد المشتري بالاصل عيبًا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب
وساير اسباب الفسخ على ما ذكر في خيار العيب في بيان الاسباب
المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة في اي
حال حدثت ولا يمنع رد الاصل بالعيب بكل الثمن ولو اشترى ارضًا فيها
فيها اشجار مثمرة فان كان عليها ثمر وسماه حتى دخل في البيع فالثمر له حصة
من الثمن بلا خلاف حتى لو كانت قيمة الارض خمسماية وقيمة الشجر خمسماية
وقيمة الثمر كذلك فان الثمن ينقسم على الكل اثلاثًا بالاجماع لان الكل
معقود عليه مقصودا لورود فعل العقد على الكل فكان للثمر حصة من الثمن
حتى لو هلك بآفة سماوية او بفعل البايع بان اكله يسقط عن المشتري
ثلث الثمن وله الخيار ان شاء اخذ الارض والشجر بثلثي الثمن وان شاء ترك
لان الثمر لما كان مبيعًا مقصودًا فبهلاكه تفرقت الصفقة على المشتري
قبل التمام فيثبت الخيار وان لم يكن الثمر موجودا وقت العقد وحدث بعده
قبل القبض فاكله البايع فقد صار له حصة من الثمن عندنا لصيرورته
مبيعًا مقصودًا بالاتلاف على ما بينا لكن الكلام في كيفية اخذ الحصة

واختلف اصحابنا رحمهم الله فيها قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ياخذ الحصة
من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الارض والشجر ثم ما اصاب الشجر يقسم
عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الاتلاف فيسقط بيانه اذا كانت
قيمة الارض الفًا وقيمة الاشجار الفًا وقيمة الثمر كذلك فاكل البايع
الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن عندهما وياخذ الارض والاشجار
بثلثي الثمن ولا خيار له عند ابي حنيفة خاصة وعند محمد له الخيار ان شاء
اخذ الارض والشجر بثلثي القيمة وان شاء ترك وعند ابي يوسف يسقط
عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن على الشجر والارض نصفين ثم ما اصاب
الشجر يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكانت حصة الثمر ربع الثمن فيسقط
ذلك وله الخيار ان شاء اخذ الارض والشجر بثلثة ارباع الثمن وان شاء
ترك وجه قول ابي يوسف ان الثمرة تابعة للشجر لانها متولدة منها فتاخذ
الحصة منها كما لو اشترى جارية معها ولدها فولد ولدها ولدا آخر فالولد
الثاني يكون له حصة من الولد الاول ولهما ان الشجر تابعة للارض في البيع
بدليل انها تدخل في بيع الارض من غير تسمية ولو هلكت بعدما دخلت
قبل القبض لا يسقط شي من الثمن دل انها تابعة وما كان تبعًا لغيره في حكم
لا يستتبع غيره في ذلك الحكم فكان نظير مسئلتنا ما لو اشترى جارية فولدت
ولدا قبل القبض ثم ولدت ولدها ولدا لا يكون للولد الثاني حصة من الولد
الاول لان الاول تبع في نفسه فلا يستتبع شيئا كذا ههنا والله اعلم
ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والحط من الثمن والكلام فيهما [الزيادة في المبيع والثمن والحط من الثمن]
في موضعين احدهما في اصل الجواز انهما جايزان ام لا والثاني في شرايط الجواز
والثالث في كيفية الجواز اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال اصحابنا
الثلثة الزيادة في المبيع والثمن جايزة مبيعًا وثمنًا وكان العقد ورد على
المزيد عليه والزيادة جميعًا من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعًا وثمنًا

ولكن تكون هبة مبتداة فان قبضها تصير ملكا له والا بطل واظهر اقوال الشافعي مثل قولنا اذا كان في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق فقوله مثل زفر وصورة المسئلة اذا اشترى رجل عبدا بالف درهم ثم قال المشتري زدتك خمسماية اخرى ثمنا وقبل البايع او قال البايع زدتك هذا العبد الاخر او هذا الثوب مبيعا وقبل المشتري جازت الزيادة كان الثمن في الاصل الف وخمسماية والمبيع في الاصل عبدان او عبد وثوب سوا كان ذلك قبل القبض او بعده وكذلك اذا اشترى عبدين بالف درهم ثم زاد المشتري في الثمن ماية درهم جازت الزيادة كان الثمن في الاصل الف وماية وتنقسم الزيادة على قيمتها وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى او كان لكل واحد منهما ثمن مسمى فزاد المشتري في الثمن ماية مطلقا انقسمت الزيادة على قدر الثمنين وعلى هذا الخلاف الزيادة من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث خلف المورث في ملكه القايم بعد موته الا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان المورث حيا قايما فزاد وعلى هذا الخلاف الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل واما الزيادة من الاجنبي فلا شك ان عندهما لا يجوز واما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير امره وقفت الزيادة على اجازته ان اجاز جاز وان رد بطلت الا ان يضمن الزايد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد فان لم يحصل للاجنبي بمقابلة الزيادة شي وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم ان خمسماية سوى الالف على رجل ضمنه وقبل فالعبد للمشتري والخمسماية على الثالث من غير ان يستحق شيا بالخمسماية وذكر في الجامع الصغير اذا قال لرجل بع هذه الدار من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسماية ولم يقل من الثمن كان لا يلزمه شي وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر المسمى في النكاح واما الزيادة في المنكوحة بالمهر الاول فلا

يجوز

الزيادة من الوارثين

الزيادة من الوكيل

الزيادة في المهر

يجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في راس مال السلم واما الزيادة في المسلم فيه فلا يجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن واما الزيادة في الدين فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وعند ابي يوسف جايز قياسا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن ان شا الله تعالى وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن انه جايز عندنا ويلتحق باصل العقد والثمن هذا القدر من الابتدا حتى ان المبيع لو كان دارا فالشفيع ياخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط وعندهما هو هبة مبتداة الا ان قيام الدين عليه اوهبه قابلا لا استيناف العقد ليس بشرط لصحة الحط بلا خلاف بين اصحابنا وفي الزيادة خلاف نذكر ان شا الله تعالى وجه قول زفر والشافعي ان الثمن والمبيع من الاسماء الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع والقول بجواز الزيادة في المبيع والثمن مبيعا قول بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان الثمن المبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك البايع وهو المبيع فالزيادة من البايع لو صحت مبيعا لا تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو صحت من المشتري ثمنا لا تقابل ملك البايع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة المبيع والثمن فتجعل هبة مبتداة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن بكل المبيع فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله فكانه فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا ولنا في الزيادة في المهر قوله تعالى فاتوهن اجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي من بعد تلك الفريضة لان النكرة اذا اعيدت معرفة يراد بالثاني عين الاول امر الله تعالى بايتا المهور المسماة في

الزيادة في راس مال السلم تصح وفي المسلم فيه لا

الزيادة في الرهن تجوز وفي الدين لا

الحط من الثمن جايز

دليل زيادة المهر

في النكاح وازالت الجناح في الزيادة على المسمى لان ما تراضيا به الزوجان
بعد التسمية هو الزيادة في المهر فيدل على جواز الزيادة في المهر وروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للوزان زن وارجح فانا معاشر الانبياء هكذا
نزن وهذا زيادة في الثمن وقد ندب اليها بالقول والفعل واقل احوال المندوب
اليه الجواز وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلمون عند شروطهم
وظاهره يقتضي لزوم الوفا بكل شرط الا ما خص بدليل لانه يقتضي ان يكون
كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفا به وانما يلزمه اذا
صحت الزيادة مبيعا وثمنا فاما اذا كانت هبة مبتداة فلا يلزم الوفا ولان
العاقدين اوقعا الزيادة مبيعا وثمنا كما لو تبايعا ابتدا وهذا الاصل
ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذي اوقعه اذا كان اهلا للتصرف والمحل
والمحل قابلا وله ولاية وقد وجد وقولهما ان الثمن اسم لمال يقابل ملك البايع
والمبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لمال ازال
المشتري ملكه ويده عنه بمقابلة مال ازال البايع ملكه ويده عنه
فيملك كل واحد منهما المال الذي كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه
عنه شرعا على ما عرف ثم نقول ما ذكراه حد المبيع والثمن بطريق الحقيقة
والزيادة في المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية لا بطريق
الحقيقة لان الربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلة ما هو
مال حقيقة من حيث الصورة والتسمية والزيادة هاهنا كذلك فكانت
ربحا حقيقة فكان من شرطها ان لا تكون مقابلة بملك البايع الا تسمية
وشرط الشي كيف يمنع صحته وعلى انه امكن تحقيق معنى المقابلة في الزيادة
لان الموجب الاصلي في البيع هو قيمة المبيع وهو ماليته لان البيع معاوضة
بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقابلة عند التساوي في المالية ولهذا
اذا فسدت التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق

تقدير مالية المبيع باتفاق العاقدين

العاقدين واذا زاد في الثمن او المبيع علم انهما اخطأ في التقدير وغلطا
فيه وما هو الموجب الاصلي قد ثبت بالبيع فاذا ابتنا التقدير كان ذلك
بيانا للموجب الاصلي الا انه ابتدا ايجاب فكان عوضا عن ملك العين لا
عن ملك نفسه وهذا الكلام في المهر اغلب لان الموجب الاصلي فيه
هو مهر المثل على ما عرف وعلى انه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة
بقا العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بان يجعل
الالف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فيجعل
الالف الزايدة بمقابلة النصف الخالي وهذا وان كان تغييرا ولكنهما
قصدا تصحيح التصرف ولا صحة الا بالتغيير ولهما ولاية التغيير الا ترى ان
لهما ولاية الفسخ وانه فوق التغيير لان الفسخ رفع الاصل والوصف والتغيير
تبديل الوصف مع بقاء اصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية
التغيير اولى وههنا حاجة الى التغيير لرفع الغبن او لمقصود اخر حتى اتفقا
على الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة الا بهذا الشرط ثبت هذا الشرط
مقتضى تصرفهما تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم
واما شرايط الجواز فمنها القبول من الاخر حتى لو زاد احدهما ولم يقبل
الاخر لم تصح الزيادة ومنها المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة
لان الزيادة في المبيع والثمن ايجاب البيع فيهما فلا بد من القبول في المجلس
كما في اصل الثمن والمبيع واما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لانه
تصرف في الثمن بالاسقاط والابرا عن بعضه فيصح من غير قبول الا انه يرتد
بالرد كالابرا عن الثمن كله واما كون الزيادة والمزيد عليه من غير
اموال الربا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الحط
عن غير اموال الربا هل هو شرط لصحته حطا وهل يؤثران في فساد العقد
على قول ابي حنيفة ليس بشرط ويؤثران فيه وعلى قول ابي يوسف شرط

شرايط جواز الزيادة

فينبطلان ولا يؤثران في العقد وعلى قول محمد شرط في الزيادة لا في الحط
على ما ذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء
كانت قبل قبض المبيع والثمن او بعده وكذلك الحط لان دليل جواز الزيادة
والحط لا يوجب الفصل واما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة
الزيادة ذكر في الجامع الكبير انه شرط ولم يذكر الخلاف وروى ابو يوسف
ومحمد عن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول انه ليس بشرط عنده
حتى لو هلك المبيع في يد المشتري او استهلكه او اعتقه او دبره او استولده
او كان عصيرا فتخمر او اخرجه المشتري عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما
لا تجوز وجه قولهما ان الزيادة تصرف في العقد بالتغيير والعقد منعدم
حقيقة الا انه يعطى له حكم القيام لقيام اثره وهو الملك ولم يبق بهلاك
العين حقيقة او حكما فلم يبق العقد حقيقة وحكما فلا يحتمل التغيير بالزيادة
لان الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند
فلا بد وان يجعل شيء من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك
المبيع فلا يحتمل الاستناد ولان الزيادة لا بد وان يكون لها حصة ولا يتحقق ذلك
بعد الهلاك ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان الزيادة في الثمن والمبيع
لا تستدعي المقابلة لانها ربح في الحقيقة وان كانت مبيعا وثمنا صورة
وتسمية ومن شان الربح ان لا يقابله شيء فلا يكون قيام المبيع شرطا لصحتها
قوله العقد منعدم عند الزيادة قلنا الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند
العقد والعقد عند وجوده يحتمل التغيير ان كانت الزيادة تغييرا على انا لا
نسلم ان قيام المبيع شرط لبقاء البيع فان البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانفساخ
في الجملة بالرد بالعيب فان المشتري اذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك
يرجع عليه بالنقصان والرجوع بالنقصان فسخ للبيع في قدر الفايت بالعيب
بعد هلاكه وهلاك جميع المعقود عليه دل ان العقد بجواز ان يبقى بعد

للاستناد

اطلع على عيب بعد الهلاك يرجع بالنقصان

هلاك المعقود عليه في الجملة اذا كان في بقائه فائدة وهاهنا في بقائه
فائدة فيبقى في حقه كما في حق الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا الخلاف
الزيادة في مهر المرأة بعد موتها انها جائزة عندنا وعندهما لا تجوز ولو
اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم مات احدهما ثم زاد احدهما صاحبه جازت
الزيادة عند ابي يوسف وابي حنيفة اما عند ابي حنيفة فظاهر لان هلاك
المبيع عنده لا يمنع الزيادة واما عند ابي يوسف فلانهما تبايعا عينا بعين
والعقد عنده اذا وقع عينا بعين فهلاك احد العينين لا يمنع صحة الاقالة
فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قائما لكن قطع رجل يده عند
المشتري فاخذ ارشها ثم زاد المشتري في الثمن شيئا جازت الزيادة اما
عند ابي حنيفة فظاهر لان هلاك جميع المعقود عليه قايم فكان العقد
قائما فكان محتملا للتغيير بالزيادة ولو رهن المبيع او اجر ثم زاد المشتري
في الثمن جازت الزيادة بلا خلاف بين اصحابنا على اختلاف الاصلين
على ما ذكرنا وقال محمد لو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده ثم زاد
البائع المشتري جارية اخرى فالزيادة جائزة لان زيادة المبيع تثبت
مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري البائع لم يجز لان زيادة الثمن
تثبت مقابلة بالمبيع وانه هالك وهذا على قياس قولهما ان قيام المبيع
شرط لجواز الزيادة فهلاكه يكون مانعا اما على اصل ابي حنيفة رحمه
الله والزيادة في الحالين جائزة لان قيام المبيع عنده ليس بشرط
لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعا والله اعلم واما المعقود عليه
فليس بشرط لصحة الحط بالاجماع اما عند ابي حنيفة رحمه الله فظاهر
لانه ليس بشرط لصحة الزيادة فالحط اولى واما عندهما فلانه ليس من شرط
صحة الحط ان يلتحق بالعقد لا محالة الا ترى انه يصح الحط عن جميع الثمن ولا
يلتحق اذ لو التحق لعري العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطا للحال ولان الحط

الزيادة في المهر بعد موت المرأة جائز

هلاك المبيع لا يمنع الاقالة

شرائط الحط

ليس بصرف مقابلة ليشترط له قيام المقابل بل هو تصرف في الثمن باسقاط
شطر منه فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة لذلك اختلفا ثم الزيادة
مع الحط يختلفان في حكم اخر وهو ان الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع والحط
لا ينقسم كما لو اشترى عبدين من رجل بالف وزاده المشترى مائة درهم
فان الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما سوا اشترى ولم يسم لكل واحد منهما
ثمنا او سمى وان حط البايع عن المشترى مائة درهم كان الحط نصفين
وانما كان كذلك لان الثمن يقابل المبيع فاذا زاد في ثمن المبيعين مطلقا
فلا بد وان تقابلهما الزيادة كاصل الثمن والمقابلة في غير اموال الربا تقتضى
الانقسام من حيث القيمة حكما للمعارضة والمزاحمة فمقابلة اصل الثمن
على ما بينا فيما تقدم بخلاف الحط فانه لا تعلق له بالمبيع لانه تصرف في الثمن
خاصة باسقاط بعضه فاذا حط من ثمنهما مطلقا فقد سوى بينهما في الحط فكان
الحط بينهما نصفين وان كان ثمن احدهما اكثر ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن
لان الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله اعلم واما كيفية
الجواز فالزيادة في المبيع والثمن عندنا تلحق باصل العقد كان الاصل
من الابتداء ورد على الاصل والزيادة جميعا اذا لم يتضمن الالتحاق فساد
اصل العقد بلا خلاف بين اصحابنا وكذلك الحط فاما اذا تضمن ذلك بان
كانت الزيادة في اموال الربا فهل تلتحق به وتفسده ام لا تلتحق به وكذلك
الحط اختلف اصحابنا في ذلك قال ابو حنيفة رحمه الله الزيادة والحط يلتحقان
باصل العقد ويفسدانه وقال ابو يوسف يبطلان ولا يلتحقان واصل العقد
صحيح على حاله وقال محمد الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز وهو
مبتداه وهذا بنا على اصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتاخر
عن العقد الصحيح اذا الحق به هل يلتحق به ويوثر في فساده ام لا وهو على
الاختلاف الذي ذكرنا لان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متاخر عن العقد

كيفية جواز الزيادة والحط

الصحيح الحق به فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط في اموال الربا
لان ذلك لو صح لا يلتحق باصل العقد ولو التحق باصل العقد لاوجب فساد
اصل العقد لتحقق الربا فلم يصح فبقى اصل العقد صحيحا كما كان ومحمد يقول
لا تصح الزيادة لما قال ابو يوسف فلم يوثر في اصل العقد فبقى على حاله
ويصح الحط لان الالتحاق من لوازم الزيادة فاما ما ليس من لوازم الحط
على ما ذكرنا فيما تقدم وابو حنيفة رحمه الله يقول الزيادة والحط
صحيحان زيادة وحطا لان العاقدين اوقعاهما زيادة وحطا ولهما ولاية
ذلك فيقعا زيادة وحطا ومن شان الزيادة والحط الالتحاق باصل
العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة والحط هاهنا ابطالا للعقد السابق
ولهما ولاية الابطال بالفسخ فكذا بالزيادة والحط والله اعلم واما
البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة انواع الخيارات
فنقول وبالله التوفيق الخيارات نوعان نوع يثبت شرطا ونوع
يثبت شرعا لا شرطا والشرط لا يخلو اما ان يثبت نصا واما ان يثبت
دلالة اما الخيار الثابت بالشرط فنوعان احدهما يسمى خيار التعيين
والثاني يسمى خيار الشرط اما خيار التعيين فالكلام في جواز البيع الذي
فيه خيار التعيين فقد ذكرناه في موضعه واما الحاجة هاهنا الى بيان
حكم هذا البيع والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد
ثبوته ويلزم اما الاول فحكمه ثبوت الملك للمشترى في احد المذكورين
غير عين وخيار التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البايع
بعت منك احد هذين الثوبين او هذين العبدين او الدابتين او غيرهما
من الاشيا المتفاوتة على ان تاخذ ايهما شئت وقبل المشترى وهذا
يوجب ثبوت الملك للمشترى في احدهما وثبوت خيار التعيين له ولاخر
يكون ملك البايع امانة في يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على جهة

الخيارات

خيار التعيين

للتمليك ولا على وجه الثبوت فكان امانة وليس للمشتري ان ياخذهما
جميعا لان المبيع احدهما ولو هلك احدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه
يحتمل ان يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل ان يكون غيره
فلا يبطل والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن
المشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك لان المبيع قد تغير
قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار وكذا لو كان اشترى احد الاثواب
الثلاثة فهلك واحد منها او ثنان لا يبطل البيع لما قلنا وللمشتري ان
ياخذ ايهما شاء لان الهالك اذا لم يتعين للبيع كان المبيع احد الباقيين فكان
له ان ياخذ ايهما شاء وله ان يتركهما كما لو اشترى احدهما من الابتدا ولو
هلك الكل قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع
والله اعلم واما صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع
قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشتري ان يردهما جميعا لان خيار التعيين
يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان
محتملا للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما ثبت لحاجة الناس
لحاجتهم الى ذلك على ما بينا فيما تقدم ولا تنعدم حاجتهم الا بعدم اللزوم
لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج الى ردهما واما بيان ما يبطل
به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم
البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان احدهما
صريح الاختيار وما يجري مجرى الصريح والثاني الاختيار من طريق الدلالة
اما الصريح فهو ان يقول اخترت هذا الثوب او شئته او رضيت به
او اجزته او ما يجري هذا المجرى لانه لما اختار احدهما فقد عين ملكه فيه فسقط
فسقط خيار التعيين ولزم البيع واما الاختيار من طريق الدلالة فهو
ان يوجد منه فعل في احدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو

صفة حكم البيع الذي فيه الخيار

ما يبطل الخيار

دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار وسنذكر ذلك في البيع
بشرط الخيار ان شاء الله تعالى ولو تصرف البايع في احدهما فتصرفه موقوف
ان تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين انه تصرف في ملك غيره
وان تعين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه لانه ظهر انه تصرف في ملك
نفسه فينفذ واما الضروري فنحو ان يهلك احدهما بعد القبض فيبطل
الخيار لان الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الاخر للامانة
لان احدهما مبيع والاخر امانة والامانة منهما مستحق الرد على البايع
وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فتعين الباقي للرد فتعين الهالك
للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا بعد القبض فلا يخلو اما ان هلكا
على التعاقب فالاول يهلك مبيعا والاخر امانة لما ذكرنا وان هلكا
لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لانه ليس احدهما بالتعيين اولى من الاخر
فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب
الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فايدة في هذا الاختلاف لان
ايهما هلك اولا فثمن الاخر مثله فلا يعتبر الاختلاف وان كان متفاوتا
بان كان ثمن احدهما اكثر فادعى البايع هلاك اكثرهما ثمنا وادعى
المشتري هلاك اقلهما ثمنا كان ابو يوسف اولا رحمه الله يقول
يتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا جميعا جعل كانهما
هلكا معا ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول
المشتري مع يمينه وهو قول محمد لانهما اتفقا على اصل الدين واختلفا في قدره
والاصل ان الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون في قدر الدين
او في جنسه او صفته كان القول قول المديون مع يمينه لان صاحب الدين
يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله وايهما اقام بينة قبلت
بينته وسقطت اليمين وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع لانها تظهر.

اذا اختلف صاحب الدين والمديون

تعيب احدهما

تظهر زيادة ولو تعيب احدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع لان التعيين لم يوجد لا نصا ولا دلالة ولا ضرورة الى التعيين اذ الامكان الرد والمشتري على خياره ان شاء اخذ المعيب منهما وان شاء اخذ الاخر وان شاء تركهما كما لو لم يتعيب اصلا فان اخذ المعيب منهما اخذ بجميع ثمنه لانه تبين انه هو المبيع من الاصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشتري على خياره لما قلنا وان كان بعد القبض يتعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه ويتعين الاخر للامانة كما اذا هلك قبل القبض لان تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا منع الرد والزم البيع في المبيع المعين وكذا في غير المعين يمنع الرد ويعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الاول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الاخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئا لما قلنا انه امانة وان تعيبا معا لا يتعين احدهما للبيع لانه ليس احدهما بالتعيين اولى من الاخر وللمشتري ان ياخذ ايهما شاء بثمنه لانه اذا لم يتعين احدهما للبيع بقي المشتري على خياره الا انه ليس له ان يردهما جميعا لان البيع قد لزم في احدهما بعينه في يد المشتري وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ ان هذا البيع فيه خياران خيار التعيين وخيار الشرط ولا بد له من خيار معلوم اذ لو لم يكن لملك ردهما جميعا كما لو تعيب احدهما اصلا لانه لم يملك الا ان ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معا فلم يملك ردهما وبقي خيار التعيين فملك رد احدهما ولو ازداد عيب احدهما او حدث معه غيره لزمه ذلك لان علم التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب احدهما او حدوث عيب معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط لان خيار التعيين انما ثبت للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله ان يختار ايهما شاء دون الاخر الا انه ليس له ان يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك

ازداد عيب احدهما او حدث اخر يورث خيار التعيين

في عقد العقد

بشرط خيار الشرط مع خيار التعيين

وهذا يؤيد قول اولئك المشايخ انه لا بد من خيارين في هذا البيع وقد بطل احدهما وهو خيار الشرط بالتعيين بالموت لانه لا يورث على اصل اصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ردهما جميعا هذا اذا اشترى احدهما شراء صحيحا فاما اذا اشترى احدهما شراء فاسدا بان قال البايع بعت منك احد هذين بكذا ولم يذكر الخيار اصلا فان المشتري لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك احدهما ملكا فاسدا وايهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلك احدهما فان كانت على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وانه بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلك معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس احدهما بتعيينه للبيع اولى من الاخر فشاع العيب فيهما ولو تعيب احدهما فعليه ان يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه امانة واما المعيب فلانه تعين للبيع والمشترى شراء فاسدا واجب الرد فيردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل ان يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل ان يكون هو الامانة فلا يجب شيء ولا دلالة على التعيين فيتنصف الواجب ولو تعيب الاخر بعد ذلك فكذلك الجواب في نقصان الاخر لان احدهما امانة والاخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان احدهما ليس باولى من الاخر في التعيين للبيع ولو تصرف المشتري في احدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه في الاخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البايع في احدهما فتصرفه موقوف ان رد عليه ذلك نفذ تصرفه فيه لانه تبين انه تصرف في ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري نفذ تصرف المشتري فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البايع فيه وكذلك اذا هلك في يد المشتري

اذا تعيب المبيع في البيع الفاسد لا يمنع الرد

والاصل ان في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح يلزمه
القيمة في البيع الفاسد والله اعلم هذا اذا كان الخيار للمشتري اما
اذا كان للبايع فلا يزول احدهما عن ملكه بنفس البيع وله ان يلزم — اذا كان خيار الشرط للبايع
المشتري اي ثوب شاء صفة الخيار وليس للمشتري خيار الترك لان البيع
بات في جانبه وللبايع ان يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبايع ان يلزمهما
المشتري لان المبيع احدهما ولو هلك احدهما قبل القبض لا يبطل البيع — احكام الهلاك
ويهلك امانة لما ذكرنا في خيار المشتري وخيار البايع على حاله ان شاء
الزم المشتري الباقي منهما لانه تعين للبيع وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير
لازم وليس له ان يلزمه الهالك لانه هلك امانة وان هلكا جميعا
قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بعين وان هلك احدهما
بعد القبض كان الهالك امانة ايضا كما لو هلك قبل القبض والزمه
الباقي منهما ان شاء وان شاء فسخ البيع فيه لان خيار البايع يمنع زوال
السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البايع وله الخيار لما قلنا وان هلكا
جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك امانة وعليه قيمة
احدهما هلاكا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك في يد المشتري وفيه
خيار للبايع فتجب قيمته وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد
منهما لانه ليس احدهما بالتعيين اولى من الاخر ولو تعيب احدهما او تعيبا — احكام التعيب
معا قبل القبض او بعده فخيار البايع على حاله لان التعيب لم يتعين للبيع
لانعدام المعين فكان البايع على خياره وله ان يلزم المشتري ايهما شاء
كما قبل التعيب ثم اذا الزمه احدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما الزمه
ما الزمه ولا خيار للمشتري وتركه لانعدام التعين فيه وان كان ما الزمه
هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار لان المعيب قد تغير قبل
القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشتري وان تعيب بعد القبض

فلا خيار له لان التغير بعد القبض وان شاء البايع فسخ البيع واستردهما
لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ ثم ينظر ان كان تعيبهما في يد البايع فلا
شيء له لانهما تعيبا لا في ضمان المشتري وان كان تعيبهما في يد المشتري فللبايع
ان ياخذ من المشتري نصف نقصان كل واحد منهما لان احدهما عنده مضمون
بالقيمة والاخر عنده امانة ولا يعلم احدهما من الاخر ولا يجوز للمشتري ان
يتصرف فيهما او في احدهما لان احدهما ليس بمبيع بيقين والاخر مبيع لكن
لبايعه فيه خيار وخيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البايع
في احدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الاخر للبيع وله خيار الالزام فيه والفسخ
ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما
احكام خيار الشرط — دليل اقرار الملك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين والله اعلم واما
خيار الشرط فالكلام في جواز البيع بشرط الخيار وشرايطه قد مر في موضعه
صفة البيع الذي فيه شرط الخيار فهو انه بيع غير لازم — واما الحاجة هاهنا الى بيان ما ينفسخ به البيع اما صفته فهي انه بيع غير لازم
لان الخيار يمنع لزوم الصفقة قال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار
ولان الخيار هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب
وخيار الرؤية ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام
الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متاكد وانما التاكد بالقبض
وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيا واحدا او اشيا انه ليس لمن له الخيار
ان يجيز البيع في البعض دون البعض من غير رضى الاخر سوا كان الخيار للبايع
او للمشتري وسوا كان المبيع مقبوضا او غير مقبوض لان الاجازة في البعض
دون البعض تفريق الصفقة في اللزوم وكما لا يجوز تفريق اصل الصفقة
وهو الايجاب والقبول الا برضى العاقدين بان يقبل البيع في بعض المبيع دون
البعض بعدما اضاف الايجاب والقبول الى جملته او يوجب البيع في بعض
المبيع دون البعض بعدما اضاف القبول الى جملته لا يجوز في وصفهما وهو ان يلزم

حكم الهلاك

البيع في البعض دون البعض الا برضاهما ولو هلك احد العبدين في يد البايع
والخيار له لم يكن له ان يجيز البيع في الباقي الا برضا المشتري لان البيع انفسخ
في قدر الهالك فالاجازة في الباقي يكون تفريق الصفقة على المشتري فلا يجوز
من غير رضاه ولو هلك احدهما في يد المشتري فللبايع ان يجيز البيع في الباقي
وان كان المبيع مما له مثل من المكيل والموزون والعددي المتقارب
فهلك بعضه فللبايع ان يجيز البيع في الباقي بلا خلاف وجه قول محمد ان
الاجازة هاهنا تمتنع لتعذر الانشاء التمليك لان خيار البايع يمنع خروج المبيع
من ملكه فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما خرج عن احتمال
الانشاء والانشاء في الباقي تمليك بحصته من الثمن وهي مجهولة فيما لا مثل
له فلم يحتمل الانشاء وفيما له مثل معلومة فاحتمل الانشاء وجه قولهما
ان عند الاجازة ظهر ان العقد من حين وجوده انعقد في حق الحكم
فلم يكن الهلاك مانعا من الاجازة وقوله الاجازة هاهنا انشاء قلنا
ممنوع فان العقد ينعقد في حق الحكم بدون الاجازة من انقضاء المدة
وبموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد على
وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولي اذا هلك المبيع قبل الاجازة
ثم اجاز المالك لم يجز وهاهنا جاز فهلاك المبيع في بيع الفضولي يمنع من
الاجازة وهاهنا لا يمنع ووجه الفرق ان بيع الفضولي يثبت بطريق
الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الاجازة
اظهارا من وجه انشاء من وجه فمن حيث انها اظهار كان لا يفتقر صحته
على قيام المحل ومن حيث انها انشاء تفتقر عليه فاما في البيع بشرط الخيار
فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور المحض فكانت الاجازة اظهارا
ان العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان قابلا وقت
العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله اعلم وعلى هذا

الهلاك في بيع الفضولي

تخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في رجلين اشتريا شيئا على انهما بالخيار
فيه ثلثة ايام فاختار احدهما ان يلزما البيع حتى لا يملك الاخر الفسخ احترازا
عن تفريق الصفقة في اللزوم وسنذكر المسئلة في خيار العيب ان
شا الله تعالى واما حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال اصحابنا
لا حكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال من له الخيار
بل هو للحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه للحال وانما يعرف عند
سقوط الخيار لانه لا يدري انه يتصل به الفسخ او الاجازة فيتوقف في
الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الشافعي في قول
مثل قولنا وفي قول هو مفيد منعقد للملك لكن ملكا مسلطا على فسخه
بالخيار ووجه قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا
في الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار
الرؤية على اصلكم ولنا ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن
القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع
ثبوت الملك للحال لانه من الجائز ان يكون المشتري قريب المشتري فلو
ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا يندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو
اما ان كان للبايع والمشتري جميعا واما ان كان للبايع وحده واما
ان كان للمشتري وحده واما ان كان لغيرهما بان شرط احدهما الخيار
لثالث فان كان لهما جميعا فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعا
فلا يزول المبيع عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري وكذا لا
يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البايع لان المانع من الانعقاد
في حق الحكم موجود من الجانبين جميعا وهو الخيار وان كان للبايع وحده
فلا ينعقد في حق الحكم في حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشتري
ان يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشتري لان البيع بات في حقه

حكم البيع بخيار الشرط

اذا كان الخيار لهما

اذا كان للبايع وحده

في ان الخيار اذا كان للمشتري وحده

وهل يدخل في ملك البايع عند ابي حنيفة رحمه الله لا يدخل وعند
ابي يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشتري وحده لا ينعقد في حق
الحكم في حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبايع التصرف فيه
اذا كان عينا ولا يستحقه على المشتري اذا كان دينا ويخرج المبيع
عن ملك البايع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات في حقه وهل
يدخل في ملك المشتري عند ابي حنيفه لا يدخل وعندهما يدخل وجه
قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الاصل والامتناع
بعارض والمانع هاهنا هو الخيار وانه وجد من احد الجانبين لا غير
فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الاخر الا ترى كيف خرج المبيع عن ملك
البايع اذا كان الخيار للمشتري والثمن عن ملك المشتري اذا
كان الخيار للبايع فدل ان البيع بات في حق من لا خيار له فيعمل في
ثبات هذا الحكم الذي وضع له وجه قول ابي حنيفه رحمه الله ان الخيار
اذا كان للبايع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشتري فالثمن لم
يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البايع في الاول
ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني لوجهين احدهما انه جمع بين
البدل والمبدل في عقد المبادلة وهذا لا يجوز والثاني ان في هذا
ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا
يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات في حق من لا خيار له قلنا هذا
يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت لان الخيار من احد
الجانبين اثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال من احد الجانبين اثر في
المنع من الزوال وامتناع الزوال من احد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب
الاخر ان كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا
الاصل بين ابي حنيفه رحمه الله وصاحبيه مسايل منها اذا اشترى ذا

اي من المسائل المتفرعة على الاصل الاختلافي في البيع بخيار الشرط

اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار

رحم محرم منه على انه بالخيار ثلثة ايام لا يعتق عليه عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه لم يدخل في ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو
على خياره ان شا فسخ وان شا اجاز فان فسخه لا يعتق لان العبد عاد الى
ملك البايع وان اجاز عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن
وعندهما يعتق عليه بنفس الشرا ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل
في ملكه ولو قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر فاشتراه على
انه بالخيار ثلثة ايام عتق عليه بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه
ملكه بنفس الشرا فوجد شرط الحنث فيعتق واما عند ابي حنيفة
فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولو نجز عتقه بعد
شرايه بشرط الخيار عتق خياره لكون الاعتاق اجازة واختيار الملك
على ما ذكرنا هذا ومنها انه اذا اشترى جاريه قد ولدت منه
بالنكاح على انه بالخيار ثلثه ايام لا تصير ام ولد عند ابي حنيفه لانها لم
تدخل في ملكه وهو على خياره ان شا فسخ البيع وعادت الى ملك
البايع وان شا اجازه وصارت ام ولد له ولزمه الثمن وعندهما صارت
ام ولد بنفس الشرا لانها دخلت في ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن
ومنها اذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلثه ايام لا يفسد النكاح
عند ابي حنيفة رحمه الله لانها لم تدخل في ملكه عنده وعندهما فسد
لدخولها في ملكه وملك احد الزوجين رقبة صاحبه او شقصا منها يرفع
النكاح فان وطيها في مدة الخيار فان كانت بكرا كانت اجازة
بالاجماع اما عند ابي حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة وهي العذرة
لا لاجل الوطي لان ملك النكاح فيما زحل الوطي قايما فلا حاجة الى ملك
اليمين واما عندهما فلاجل النقصان والوطي جميعا فان كانت ثيبا لا
يبطل خياره عند ابي حنيفة رحمه الله لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطي

اشترى زوجته بالخيار فوطئها وهي بكر سقط

ولا ضرورة لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطي ثابتا فلا ضرورة
الى ملك اليمين بحل الوطي فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة
حل الوطي بملك اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشرا بخلاف ما اذا لم يكن
الجارية زوجة له ووطيها انه يكون اجازة سوا كانت بكرا او ثيبا لان حل
الوطي هناك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على
الوطي اختيارا للملك فيبطل الخيار ومنها انه اذا اشترى جارية
على انه بالخيار ثلثة ايام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار حيضة
كاملة او بعض الحيضة في مدة الخيار فاجاز البيع لا يجزي تلك
الحيضة في الاستبرا عند ابي حنيفة وعليه ان يستبريها بحيضة
اخرى لانها لم تدخل في ملكه عنده فكانت الحيضة بعد وجود
سبب وجوب الاستبرا فكانت محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع
ورد الجارية فلا استبرا على البايع عند ابي حنيفة رحمه الله سوا
كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما قبل القبض القياس انه يجب
وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا
على ما ذكرنا في مسايل الاستبرا وان كان الخيار للبايع ففسخ
العقد لا يجب عليه الاستبرا لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى
المشتري ان يستبريها بعد الاجازة والقبض بحيضة اخرى بالاجماع
لانه ملكها بعد الاجازة بعد القبض ملكا مطلقا ومنها انه اذا
اشترى شيا بعينه على انه بالخيار ثلثة ايام فقبضه باذن البايع ثم
اودعه البايع في مدة الخيار فهلك في مدة الخيار او بعدها يهلك على
البايع ويبطل البيع عند ابي حنيفة رحمه لانه لم يدخل في ملك المشتري
والمارده على البايع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبل القبض وعندهما
يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه دخل في ملكه اعني المشتري

فقد اودع ملك نفسه ويد المودع يده فهلاكه في يده كهلاكه في يد
نفسه ولو كان الخيار للبايع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه
البايع في مدة الخيار فهلك في يد البايع قبل جواز البيع او بعده بطل
البيع بالاجماع ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغير
اذنه والثمن منقودا او موجل وله خيار رؤية او خيار عيب فاودعه
البايع فهلك عند البايع يهلك على المشتري ويلزمه الثمن بالاجماع
لان خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان مودعا
ملك نفسه ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا او خنزيرا على انه بالخيار
ثلثة ايام وقبضه ثم اسلم المشتري بطل العقد عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لم يدخل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما
يلزم العقد ولا يبطل لانه دخل في ملك المشتري والاسلام يمنع من
اخراجه عن ملكه ولو اسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع لان البيع بات
في جانبه والاسلام في البيع البات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد القبض
والمشتري على خياره ان اجاز البيع جاز ولزمه الثمن وان فسخ انفسخ وصار
الخمر للبايع حكما والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما الا ترى انه يملكها بالميراث
ولو كان الخيار للبايع فاسلم البايع بطل الخيار لان خيار البايع يمنع خروج
السلعة عن ملكه والاسلام يمنع اخراج الخمر عن ملكه بالعقد فيبطل
العقد ولو اسلم المشتري لا يبطل البيع لان البيع بات في جانبه والبايع على
خياره فان فسخ البيع عادت الخمر اليه وان اجازه صارت الخمر للمشتري
حكما والمسلم من اهل ان يملكها حكما كما في الارث ولو كان البيع باتا فاسلما
او اسلم احدهما لا يبطل البيع لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض بلاعقد
بالعقد لانه لم يثبت بعد الاسلام ملكه مبتدا لا ثبوتها بالعقد والقبض
على الكمال وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان

خيار الرؤية والعيب لا يمنع الانعقاد انما هو الحكم

المسلم اهل لملك الخمر بالميراث

اذا تخمر عصير المسلم لا يبطل ملكه فيها

المسلم اذا تخمر عصيره لا يومر بابطال ملكه فيها هذا كله اذا اسلما
او اسلم احدهما بعد القبض فاما اذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان
سوا كان البيع باتا او بشرط الخيار لهما او لاحدهما لان الاسلام منع ورد
والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما في القبض من معنى انشا
العقد من وجه ملحق به في باب الحرمات احتياطا على ما ذكرنا فيما تقدم
وقد تظهر فوايد هذا الاصل في فروع اخر يطول ذكرها وان كان

حكم الشفعة في هذا البيع

المبيع دارا فان كان الخيار للبايع لا تثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان
المبيع لم يخرج عن ملك البايع وان كان للمشتري تثبت للشفيع حق الشفعة
بالاجماع اما على اصلهما فظاهر لان المبيع في ملك المشتري واما على اصل
ابي حنيفة فالمبيع وان لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك
البايع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البايع لا ثبوت ملك
المشتري والله اعلم ولو تبايعا عبدا بجارية والخيار للبايع فاعتق

حكم الاعتاق

البايع العبد نفذ اعتاقه وانفسخ البيع لان خيار البايع يمنع زوال
العبد عن ملكه فقد اعتق ملك نفسه فنفذ وان اعتق الجارية ايضا
نفذ ولزم البيع اما على اصلهما فظاهر لانه ملكها فاعتق ملك نفسه
واما على اصل ابي حنيفة وان لم يملكها بالعقد لكن الاقدام على الاعتاق
دليل قصد الملك اذ لا وجود للعتق الا بالملك ولا ملك الا بسقوط
الخيار فيتضمن اقدامه على الاعتاق اسقاط الخيار ولو اعتقهما معا
نفذ اعتاقهما جميعا وبطل البيع وعليه قيمة الجارية وعندهما نفذ اعتاقهما
ولا شي عليه اما نفوذ اعتاقهما اما العبد فلا شك فيه لانه لم يخرج
عن ملك البايع بلا خلاف واما الجارية فكذلك على اصلهما لانها
دخلت في ملكه وعند ابي حنيفة وان لم تدخل في ملكه بنفس العقد
فقد دخلت بمقتضى الاقدام على اعتاقهما على ما بينا فاعتاقهما صادف

محلا

محلا مملوكا للمعتق فنفذ واما لزوم قيمة الجارية عند ابي حنيفة فلان العبد
بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالاعتاق وهلاك المبيع قبل التسليم
يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها
بسبب العتق فيغرم قيمتها ولو اعتق المشتري العبد او الجارية لم ينفذ اعتاقه
اما العبد فلانه لم يدخل في ملكه واما الجارية فلانها خرجت عن ملكه
والله اعلم واما بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله

في ما يسقط خيار الشرط ويلزم البيع

التوفيق اما خيار البايع فما يسقط به خياره ويلزم البيع في الاصل نوعان
احدهما اختياري والاخر ضروري اما الاختياري فالاجازة لان الاصل
هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع
والاجازة نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة اما الاول
فنحو ان يقول البايع اجزت البيع او اوجبته او اسقطت الخيار او ابطلته
وما يجري هذا المجرى سوا علم المشتري بالاجازة او لم يعلم واما الاجازة

التصرف في الثمن اجازه

بطريق الدلالة فهي ان يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الاجازة وايجاب
البيع فالاقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري
وان وطيك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم تمكينها
من الوطي دليل بطلان الخيار فصار ذلك اصلا ان الخيار كما يسقط بصريح
الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلى هذا يخرج ما اذا كان
الثمن عينا فتصرف البايع تصرف الملاك بان باعه او ساومه او اعتقه
او دبره او كاتبه او اجره او رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع
اما على اصلهما فلان الثمن دخل في ملك البايع فكان التصرف فيه دليل
تقرر ملكه وانه دليل اجازة البيع واما على اصل ابي حنيفة رحمه الله
فالاقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الاجازة وكذلك

ان كان الثمن دينا فابرأ البايع المشتري من الثمن او اشترى منه شيئا
منه او وهبه من المشتري فهو اجازة للبيع لما قلنا ويصح شراؤه وهبته
لانه هبة الدين والشرا به ممن عليه الدين وانه جائز وكذلك لو ساومه
البايع بالثمن الذي في ذمته شيئا لانه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه
التملك الا بثبوت ملكه في الثمن او تقرره فيه ولو اشترى بالثمن شيئا
من غيره لم يصح الشرا وكان اجازة اما عدم صحة الشرا فلانه شرا بالدين
من غير من عليه من الدين واما كونه اجازة للبيع فلان الشرا به من غيره
وان لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الاجازة كما اذا ساومه بل اولى
لان الشرا به في الدلالة على قصده التملك فوق المساومة فلما كانت
المساومة اجازة فالشرا اولى بخلاف ما اذا كان البايع قبض الثمن
الذي هو دين فاشترى به شيئا انه لا يكون اجازة للبيع لان عين المقبوض ليس
بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ
كما لا يتعينان في العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه
دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشترى به قبل القبض لانه اضاف الشرا
الى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد الى الملك او تقرره فيه على
ما بينا ولو كان الخيار للمشتري فابراه البايع من المشتري قال ابو يوسف
لا يصح الابرا لان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والابرا اسقاط واسقاط
الثابت لا يتصور وروي عن محمد انه اذا اجاز البيع بعد الابرا لان الملك
يثبت مستندا الى وقت البيع فيتبين ان الثمن كان واجبا فكان ابرا بعد
الوجوب فينفذ والله اعلم واما الضروري فثلاثة اشيا احدها مضي
مدة الخيار لان الخيار موقت به والموقت الى غاية ينتهي عند وجود
الغاية لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل او
الغد هل يدخل الليل او الغد قال ابو حنيفة يدخل وقال ابو يوسف ومحمد لا

تدخل

الشرا بالدين ممن عليه جائز

مضي مدة الخيار

وجه قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالى فاغسلوا
وجوهكم وايديكم الى المرافق والغاية هاهنا في معنى غاية الاخراج الا
ترى لو لم يذكر الوقت اصلا لاقتضى ثبوت الخيار في الاوقات كلها حتى لم
يصح لانه يكون في معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التاجيل الى غاية فانه لولا
ذكر الغاية لم يثبت الاجل اصلا فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل
تحت ما ضربت له الغاية والثاني موت البايع في مدة الخيار عندنا وقال
الشافعي لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والاجازة
والله اعلم ولقب هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث ام لا عندنا لا
وعنده يورث واجمعوا على ان خيار القبول لا يورث وكذلك خيار
الاجازة في بيع الفضولي لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق
واجمعوا على ان خيار العيب وخيار التعيين يورث واما خيار الرؤية فلم يذكر
في الاصل وذكر في الحيل انه لا يورث وكذا روى ابن سماعة عن محمد انه لا
يورث احتج الشافعي بظاهر ايات المواريث حيث اثبت الله الارث في
المتروك مطلقا والخيار متروك فيجري فيه الارث وبما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق
تركه فيكون لورثته ولانه حق ثبت بالبيع فيجري فيه الارث كالملك الثابت
به وهذا لان الارث كما يثبت في الاملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع
ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت
للوارث لم يخل من ان يثبت ابتداء او بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان شرط
الخيار لم يوجد من الوارث ابتداء واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار
منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثاني لان الارث يعتمد البقاء بعد موت
المورث وخياره لا يبقى بعد موته لان خياره هو تخيره بين الفسخ والاجازة
ولا يتصور منه ذلك بعد موته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين

موت البايع

مسئله
خيار الشرط لا يورث

خيار الاجازة لبيع الفضولي لا يورث وخيار العيب والتعيين يورث وخيار الرؤية لا يورث

لان الموروث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة واما الاية والحديث
فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متروك وهذا لان المتروك عين يبقى
والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكا فلا يورث والله اعلم والثالث اجازة
احد الشريكين عند ابي حنيفة بان باعا على انهما بالخيار فاجاز احدهما بطل
الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل
وخيار الاخر على حاله وسنذكر المسئلة في خيار العيب ان شاء الله تعالى
ولو بلغ الصبي في مدة خيار شرطه الاب او الوصي لنفسه في بيع مال الصبي
هل يبطل الخيار قال ابو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد تنتقل الاجازة
الى الصبي فلا يملك الولي الاجازة لكنه يملك الفسخ وجه قول محمد ان
الولي تصرف في مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعا لعجزه عن
التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا انه
يملك الفسخ لانه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولي في البيع انه يملك
الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة وجه قول ابي يوسف
ان الخيار ثبت للولي وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ
فلا يحتمل الانتقال الى الصبي وهذا لم ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار
ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع بطل الخيار ولزم البيع
في قولهم جميعا لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة
فسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذلك العبد الماذون
اذا حجر عليه المولى في مدة الخيار بطل خياره عند ابي يوسف واحدى
الروايتين عن محمد قلنا ولو اشترى الاب او الوصي شيئا في الذمة وشرط
الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار ان شاء اجاز
العقد وان شاء فسخ اما الجواز عليهما فلان ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ
فلا يملكان التصرف بالفسخ والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد عليهما

واما

اجازة احد الشريكين

بلغ الصبي في مدة خيار لابيه او وصيه بالخيار

واما خيار الصبي فلان الجواز واللزوم لم يثبت في حقه وانما يثبت في
حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة واما خيار المشتري فيسقط بما يسقط
به خيار البائع وبغيره ايضا فيسقط بمضي المدة وبموت من له الخيار عندنا
واجازة احد الشريكين عند ابي حنيفة والاجازة صريح وما هو في معنى
الصريح ودلالة وهو ان يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك كالبيع
والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة والاجارة والهبة والرهن
سلم او لم يسلم لان جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالاقدام عليها
يكون دليل قصد التملك او تقرر الملك على اختلاف الاصلين وذا دليل
الاجازة وكذا الوطي منه والتقبيل بشهوة والمباشرة لشهوة والنظر
الى فرجها لشهوة يكون اجازة منه لانه تصرف لا يحل الا بملك اليمين واما
المس لا عن شهوة والنظر الى فرجها لغير شهوة فلا يكون اجازة لان ذلك
مباح في الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة واما الاستخدام فالقياس
ان يكون اجازة بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفي
الاستحسان لا يكون لانه لا يختص بالملك وانه لا يحتاج اليه للتجربة والامتحان
لينظر انه يوافقه ام لا فكان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير
ممكن بان يساله ثوبه عند ارادة الرد فيرده او يستسرجه دابته
ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة ولو قبلت الجارية
المشتري لشهوة او باشرته فان كان ذلك بتمكين المشتري بان علم ذلك منها
وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا في خيار الرؤية اذا قبلته
بعد الرؤية وكذا في خيار العيب اذا وجدها عيبا ثم قبلته وكذا
في الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان اختلست اختلاسا من غير
تمكين المشتري والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند ابي حنيفة
وروى عن ابي يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد

خيار المشتري يسقط بما يسقط به خيار البائع وبغيره

المراة اذا قبلت زوجها في الطلاق الرجعي كانت رجعة

لا يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان واجمعوا على انها لو باضعته وهو
نايم بان ادخلت فرجه في فرجها انه يسقط الخيار وتكون رجعة وجه
قول محمد ان الخيار حق شرط له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دلالة
وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولابي حنيفة رحمه الله ان الاحتياط
يوجب سقوط الخيار اذ لو لم يسقط ومن الجائز ان يفسخ البيع لتبين
ان المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل من غير ملك وكل
ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة طريق الصيانة عن
ارتكاب الحرام وانه واجب ولان المس عن شهوة يفضي الى الوطي والسبب
المفضي الى الشي يقوم مقامه خصوصا في موضع الاحتياط فاقيم ذلك
مقام الوطي من المشتري وهذا اثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة
المس بشهوة من الجانبين يوجب حرمة المصاهرة
من الجانبين لكونه سببا مفضيا الى الوطي فاقيم مقامه كذا هذا ولو
قبل المشتري الجارية ثم قال قبلتها لغير شهوة فالقول قوله كذا روي
عن محمد لان الخيار كان ثابتا له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه
فكان القول قوله وكذلك قال ابو حنيفة في الجارية اذا قبلت المشتري
لشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزم العقد اذا اقر المشتري انها فعلت
لشهوة فاما اذا انكر ان يكون ذلك لشهوة فلا يسقط خياره لان حكم
فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث في
المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البايع بطل خياره لان فائدة
اذا احدث في المبيع ما يمنع الرد كالعيب
الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في
بقاء الخيار فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك في يده او انتقص بان
تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان فاحشا او يسيرا وسواء كان
ذلك بفعل المشتري او بفعل البايع او بآفة سماوية او بفعل المبيع او
بفعل اجنبي لان حدوث هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد اما الهلاك

فظاهر

فظاهر وكذا النقصان لفوات شرط الرد وهو ان يكون ما قبض
كما قبض لانه اذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فيتقرر
على المشتري حصته من الثمن لان فواته حصل في ضمان المشتري فلو رد
الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البايع قبل التمام وهذا لا يجوز
واذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو
قول ابي يوسف ايضا الا في خصلة واحدة وهي ما اذا انتقص بفعل البايع
فان المشتري فيها على خياره عنده ان شاء رده عليه وان شاء امسكه
واخذ الارش من البايع كذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الاختلاف
وذكر الكرخي الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وان كان
العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشتري على خياره ان شاء فسخ وان
شاء اجاز لان كل عارض على اصل اذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كانه
لم يكن هذا هو الاصل وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في مدة الخيار
العارض على الاصل اذا ارتفع يلحق بالعدم
فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد
والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد المبيع زيادة متصلة غير متولدة
اذا زاد المبيع زيادة متصلة
من الاصل كما اذا كان ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن او كان
ارضا فبنى عليها او غرس فيها انه يبطل خياره لان هذه الزيادة مانعة
من الرد بالاجماع فكانت مسقطة للخيار ولو كانت الزيادة متصلة
متولدة من الاصل كالحسن والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البياض
من العين ونحو ذلك فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله لا يبطل بناء على ان هذه الزيادة تمنع الرد عندهما
كما في العيب في المهر في النكاح وعنده لا تمنع والمسألة تاتي في موضعها
ان شاء الله تعالى وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد
زاد المبيع زيادة منفصلة متولدة من الاصل
والثمر واللبن ونحوها او كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء

والفايت كالارش او بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها
مانعة من الرد عندنا وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي
بدل الجزء والفايت او ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة
لا تبطل خياره لان هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فان
اختار البيع فالزوايد له مع الاصل لانه تبين انها كسب ملكه فكان
ملكه وان اختار الفسخ رد الاصل مع الزوايد عند ابي حنيفة رحمه
الله وعند ابي يوسف ومحمد الزوايد تكون له بناء على ان ملك المبيع
كان موقوفا فاذا فسخ تبين انه لم يدخل في ملكه فتبين ان الزيادة
حصلت على ملك البايع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل
في ملك المشتري فكانت الزوايد حاصلة على ملكه والفسخ ظهر
في الاصل لا في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع
دابة فركبها فان ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها او
ليشتري لها علفا او ليردها على بايعها فالقياس ان يكون اجازة لانه
يمكنه ان يفعل ذلك قودا وفي الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره
لان ذلك مما لا بد منه خصوصا اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود
فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل اجازة ولو ركبها لينظر الى
سيرها لا يبطل خياره لانه لا بد من ذلك للاختيار بخلاف خيار العيب
انه اذا ركبها لينظر الى ركوبها بعد ما علم بالعيب انه يبطل خياره لان
له منه بدا اذ لا حاجة الى الركوب هنالك لمعرفة سيرها فكان دليل
الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوبا فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه
لا يبطل خياره لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان انه يوافقه ام
لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة اخرى ينظر
ان ركبها لمعرفة سير اخر غير الاول بان ركبها مرة ليعرف انها هملاج ثم ركبها

اذا اختار البيع فالزوائد له وان اختار الفسخ ردها

وعندهما يرد للاصل والزوائد لملك المشتري

احكام الركوب

ركبها بعد ما علم بالعيب

ثانيا

ثانيا ليعرف سرعة سيرها فهو على خياره لان معرفة السيرين مقصودة
تقع الحاجة اليها في بعض الدواب وان ركبها لمعرفة السير الاول قالوا
يسقط الخيار وكذا في استخدام الرقيق اذا استخدم في نوع ثم استخدم
في ذلك النوع قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان
الاختيار لا يحصل الا بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقا فيحتاج
الى التكرار لمعرفة العادة وفي الثوب اذا لبس مرة لمعرفة الطول
والعرض ثم لبسه ثانيا يسقط خياره لانه لا حاجة الى تكرار اللبس في
الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة ولو حمل على الدابة علفا
فهو اجازة لانه يمكن حمل العلف على غيرها ولو قص حوافرها او اخذ
من عرفها شيئا فهو على خياره لانه تصرف لا يختص بالملك اذ هو من باب
الاصطلاح الدابة فيملكه كل احد ويكون مأذونا فيه دلالة كما اذا
علفها او سقاها ولو ودجها او بزغها فهو اجازة لانه تصرف فيها
بالتنقيص وان كان شاة فحلبها او شرب لبنها فهو اجازة لانه لا يحل الا
بالملك او الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلا على قصد التملك
او التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع دارا فسكنها المشتري او اسكنها
غيره باجر او بغير اجر او رم شيئا منها او جصصها او طينها او احدث فيها
شيئا او هدم فيها شيئا فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك او
تقريره فكان اجازة دلالة وذكر الطحاوي في شرحه مختصر الطحاوي في سكنى
المشتري روايتان ووفق بينهما فحمل احديهما على ابتداء السكنى والاخرى
على الدوام عليه ولو كان فيها ساكن باجر فباعها البايع برضا المستاجر
وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها او استادى الغلة فهو اجازة
لان الاجرة بدل المنفعة فكان اخذها دلالة قصد تملك المنفعة او تقرير
ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار او تقرير ملكه فيها فكان اجازة ولو

الاستخدام

اللبس

الحلب

السكنى وتوابعها

اخذ الاجرة

كان المبيع ارضا بها حرث فسقاه او حصده او فصل منه شيا فهو اجازة — سقى للارض او فصل منها
لان السقي تصرف في الحرث بالتركيه فكان دليل اختيار البيع والاجازة وكذا
الفصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل اختيار البيع والاجازة فقصد
التملك او التقرر ولو شرب من نهر تلك الارض او سقى منه دوابه لا يكون اجازة
لان هذا التصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان المبيع رحا وطحن فيها
فان طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لتحقق ما شرع له الخيار ولو
دام على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة للاختبار فكان دليل
الرضا بوجوب البيع واما خيار البايع والمشتري جميعا فيسقط بما — خيار البائع والمشتري جميعا
يسقط به حالة الانفراد فايهما اجاز صريحا او ما يجري مجرى الصريح او — يسقط بما يسقط عند الانفراد
فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والاخر على
خياره ان شا اجاز وان شا فسخ وايهما فسخ صريحا او ما يجري مجرى الصريح
او فعل ما يدل على الفسخ انفسخ اصلا وراسا ولا يلحقه الاجازة من
صاحبه بعد ذلك وانما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف
في العقد بالابطال والعقد بعد ما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل
متلاشي واما الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالزام
لا بالاعدام فلا يخرجه عن احتمال الفسخ والاجازة ولو اجاز احدهما
وفسخ الاخر انفسخ العقد سوا كانا على التعاقب او على القران لان — اجاز احدهما وفسخ الاخر
الفسخ اقوى من الاجازة الا ترى انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ
فاما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ
من الاجازة اولى ولو اختلفا في الفسخ والاجازة فقال احدهما فسخنا — اختلفا في الفسخ والاجازة
البيع وقال الاخر لا بل اجزنا جميعا البيع فاختلافهما لا يخلو اما ان يكون
في مدة الخيار او بعد مضي المدة فان كان في المدة فالقول قول من يدعي
الفسخ لان احدهما ينفرد بالفسخ واحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما

بينة فالبينة بينة من يدعي الاجازة لانه المدعي وان كان بعد مضي المدة فقال
احدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الاخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعي
الاجازة لانه المدعي وان كان بعد مضي المدة فقال احدهما مضت المدة لان الحال
حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول
قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لانها تثبت امرا خلاف — البينة لمن يدعي خلاف الظاهر
الظاهر والبينات شرعت له وان كان الخيار لاحدهما واختلفا في الفسخ
والاجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سوا ادعى الفسخ او الاجازة
لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الاخر لانه هو المدعي ولو كان اختلافهما
بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي الاجازة ايهما كان لان الحال حال
الجواز وهي ما بعد مضي المدة ولو ارخت البينات في هذا كله فاسبقهما
تاريخا اولى سوا قامتا على الفسخ او على الاجازة والله اعلم وان كان خيار — اذا كان الخيار لاجنبي
الشرط لغير العاقدين بان شرط احدهما الخيار لاجنبي فقد ذكرنا ان ذلك
جايز وللشارط والمشروط له خيار الفسخ والاجازة وايهما اجاز جاز وايهما
فسخ انفسخ لانه صار شارطا لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشروط
بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ والاجازة فان اجاز احدهما وفسخ الاخر
فان كانا على التعاقب فاولهما اولى فسخا كان او اجازة لان الثابت بالشرط
احد الامرين فايهما سبق وجوده بطل الاخر وان كانا معا ذكر في
البيوع ان تصرف المالك اولى نقضا كان او اجازة وذكر في الماذون ان النقض
اولى من ايهما كان وجه رواية البيوع ان ولاية المالك صدرت عن ولاية
الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة وجه رواية الماذون ان
النقض اقوى من الاجازة لان الاجازة المجاز يحتمل الفسخ اما المفسوخ فلا يحتمل
الاجازة فكان الرجحان للنقض من ايهما كان وقيل ما روي في البيوع قول محمد
لانه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر في الماذون قول ابي

ابي يوسف لانه يرى تقديم الملك ولاية الملك واصله ما ذكر في النوادر
ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان
معا ان بيع الموكل اولى عند محمد وعند ابي يوسف يجعل العبد نصفين
ويخير كل واحد من المشتريين والله اعلم واما بيان ما ينفسخ به فالكلام

فـ بيان ما ينفسخ به البيع بالخيار

فيه في موضعين احدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائطه فنقول
وبالله التوفيق ما ينفسخ به في الاصل نوعان اختياري وضروري فالاختياري
نوعان ايضا صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول

مـ ما ينفسخ به البيع بالخيار صريحا وما في معناه

من له الخيار فسخت البيع او نقضته او ابطلته وما يجري هذا المجرى
وينفسخ البيع سواء كان الخيار للمشتري او للبائع او لهما او لغيرهما ولا
يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لان الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه

فـ ما ينفسخ به البيع بالخيار دلالة تصرف من له الخيار تصرف الملاك

واما الفسخ من طريق الدلالة فهو ان يتصرف من له الخيار تصرف الملاك
ان كان الخيار للبائع وفي الثمن اذا كان عينا ان كان الخيار للمشتري
لان الخيار اذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استيفاء
ملكه فيه واذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن اذا كان عينا تصرف
الملاك دليل استيفاء ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ والاقدام عليه
يكون فسخا للعقد دلالة والحاصل ان ما وجد من البائع في المبيع ما
لو وجد منه في الثمن اذا كان عينا لو وجد ذلك منه في المبيع لكان اجازة
للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا
يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الاول لان الانفساخ
هاهنا لا يثبت بالفسخ مقصودا وانما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط
له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق وانه لا يجوز مقصودا
ويجوز تبعا للارض والله اعلم واما الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل

فـ ما ينفسخ به البيع بالخيار بالوجه الضروري وهو هلاك المبيع قبل القبض

القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع او للمشتري او لهما جميعا لانه

لو كان باتا لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط اولى لانه اضعف منه
وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع

هلاكه بعد القبض

ولكن يلزمه القيمة ان لم يكن له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار
بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة وينفسخ العقد ضرورة

فوات المحل يبطل الاجازة

واما لزوم القيمة فقول عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى انه يهلك امانة
وجه قوله ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم
ملك البائع امانة في يد المشتري فيهلك هلاك الامانات ولنا ان البيع
وان لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون
دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا
بنفسه ولا بحكمه وهاهنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذاك
مضمون بالقيمة او بالمثل فهذا اولى وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع
ولكن يبطل الخيار ويلزمه البيع وعليه الثمن اما على اصلهما فظاهر لان المشتري
ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن
كما في البيع البات واما على اصل ابي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض عليه
في يده قبيل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لان
الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لانه لا يخلو عن سبب موته في
الهلاك عادة وانه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم
البيع لما ذكرنا فيما تقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو استهلك المبيع
اجنبي والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره لانه يهلك الى خلف
وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك
لغيره لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك الى خلف قائم
معنى فكان المبيع قائما فكان محتملا للاجازة سواء كان المبيع في يد المشتري او
في يد البائع لانه مضمون بالاتلاف في الحالين جميعا فان شاء فسخ البيع واتبع

الجاني بالضمان وكذلك لو استهلكه المشتري لانه وجب الضمان عليه
بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه
فكان المبيع قايما معنى فكان الخيار على حاله فان شا فسخ البيع واتبع المشتري
بالضمان وان شا اجازه واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع في يد البايع فان
كان بافة سماوية او بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لان ما
انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شي
من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان فابقا الخيار لا يودي الا تفريق
الصفقه على المشتري فان شا فسخ البيع وان شا اجازه فان اجاز فالمشتري
بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك لتغير المبيع قبل القبض وان
كان بفعل البايع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى
يسقط عن المشتري قدر حصة قدر النقصان من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق
الصفقه على المشتري قبل التمام وان كان بفعل اجنبي لم يبطل البيع وهو
على خياره لان قدر النقصان هلك الى خلف وهو الضمان فكان قايما معنى
فلم يبطل البيع في قدرها لك فكان البايع على خياره ان شا فسخ البيع واتبع
الجاني بالارش وان شا اجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري اتبع الجاني
بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبايع على خياره
لان المبيع على ملك البايع فكان قدر النقصان مضمونا على المشتري فكان
هلاكا الى خلف فكان البيع على حاله والبايع على خياره ان شا فسخ البيع
واتبع المشتري بالضمان وان شا اجازه واتبعه بالثمن وكذلك اذا
تعيبت في يد المشتري بفعل اجنبي او بفعل المشتري او بافة سماوية
فالبايع على خياره ان شا اجاز البيع وان شا فسخه فان اجاز اخذ من المشتري
جميع الثمن سوا كان التعيب بفعل المشتري او بفعل اجنبي او بافة سماوية
لان البيع جار في الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث التغير في المبيع

لانه حدث في يده في ضمانه غير انه ان كان التعيب بفعل المشتري
فلا سبيل له على احد وان كان بفعل الاجنبي فللمشتري ان يتبع الجاني
بالارش لانه ملك العبد باجازة البايع من وقت البيع فتبين ان
الجناية حصلت على ملكه وان فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشتري
فان البايع ياخذ الباقي وياخذ ارش الجناية من المشتري لان العبد كان
مضمونا على المشتري بالقيمة الا ترى لو هلك في يده لزمته قيمته وبالفسخ
وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفايت فيلزمه رد قيمته وكذلك
اذا تعيب بافة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل اجنبي فالبايع
بالخيار ان شا اتبع الاجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شا
اتبع المشتري لان الجناية حصلت في ضمان المشتري فان اختار اتباع الاجنبي
فالاجنبي لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتباع المشتري
فالمشتري يرجع بما ضمن من الارش على الاجنبي لان المشتري قام مقام
البايع في حق ملك بدل الفايت وان لم يقم مقامه في حق ملك نفس الفايت كغاصب
المدبر اذا قتل المدبر في يده وضمنه المالك ان له ان يرجع بما ضمن على القاتل
وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله اعلم واما شرايط جواز الفسخ
فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ ومنها
علم صاحبه بالفسخ عند ابي حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان موقوفا
عندهما ان علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتى مضت المدة
لزم العقد وكذا لو اجاز الفاسخ العقد بعد فسخه قبل علم صاحبه
جازت اجازته ولزم العقد وبطل فسخه وهو قول ابي يوسف الاول
ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ
او لا وروي عن ابي يوسف انه فصل بين خيار البايع وخيار المشتري فلم يشترط
العلم في خيار البايع وشرط في خيار المشتري واما خيار الرؤية فهو على

ما ثبت بطريق التضمين

في شرايط جواز الفسخ للبيع بالخيار

العلم بالفسخ شرط

العلم بالفسخ في خيار العيب شرط

هذا الاختلاف ذكره الكرخي ولا خلاف بين اصحابنا في خيار العيب ان العلم
بالفسخ فيه شرط سوا كان بعد القبض او قبله واجمعوا على ان عزل الموكل
وكيله بغير علمه وان فسخ احد الشريكين الشركة او نهي رب المضارب
عن التصرف بغير علم لا يصح وجه قول ابي يوسف انه يملك الاجازة بغير علم
صاحبه فيملك الفسخ والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط
صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا
باع من غير علم الموكل وجه قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر
به صاحبه فلا ينفذ دفعا للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله
بغير علمه وبيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد
مضي مدة الخيار على ظن انه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين انه
تصرف في ملك غيره وانه سبب في وجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يجز
عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة انه يصح من غير علمه
انه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها ان لا
يكون في الفسخ تفريق الصفقة حتى لا يملك الاجازة في البعض دون البعض لانه
تفريق الصفقة قبل تمامها وانه باطل واما الخيار الثابت بالشرط دلالة

فـ
احكام خيار العيب
وهو الخيار الثابت بالشرط دلالة

فهو خيار العيب والكلام في بيع المعيب في مواضع في بيان حكمه وفي بيان
صفة الحكم وفي بيان تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المعتبر
وفي بيان شرايط ثبوت الخيار وفي طريق اثبات العيب وفي بيان كيفية
الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته وفي بيان من تلزمه الخصومة في العيب
ومن لا تلزمه وفي بيان ما يمنع الرد بالعيب وفي بيان ما يسقط به الخيار
بعد ثبوته ويلزم البيع وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع
وفي بيان طريق الرجوع اما حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال لان

فـ
حكم خيار العيب

ركن البيع مطلق عن الشرط نصا والثابت بدلالة النص شرط السلامة

لا شرط السبب ولا شرط الحكم واثره في منع اللزوم لا في منع اصل
الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك
دخل على السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار واما

فـ
صفة خيار العيب فهي كون الملك غير لازم

صفته فهي انه ملك غير لازم لان السلامة شرط في العقد دلالة
فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه والدليل على ان السلامة
مشروطة في العقد دلالة ان السلامة في البيع مطلوبة المشتري
عادة الى اخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه الا
بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع فكانت

فـ
ان السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصا

السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصا فاذا
فاتت كان له الخيار كما اذا اشترى جارية على انها بكر او على انها
طباخة فلم يجدها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات العقد ايضا

السلامة من مقتضيات العقد لان مبنى المعاوضات على المساواة عادة وحقيقة فاذا لم يسلم المبيع يثبت الخيار للمشتري

لانه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة
وحقيقة وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل والسلامة
بالسلامة فكان اطلاق العقد مقتضيا للسلامة فاذا لم يسلم المبيع للمشتري
يثبت له الخيار لان المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب
بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت له الخيار ولان السلامة
لما كانت مرغوبة المشتري ولم تحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار
لان الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فانعدام الرضا
يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتا للحكم على قدر الدليل

الاصل في شرعية خيار العيب

والاصل في شرعية هذا الخيار ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة ايام وفي
رواية باخير النظرين الى ثلاثة ايام ان شا امسك وان شا رد ورد معها

فهو

صاعا من تمر والنظران المذكوران هما نظر الامساك والرد وذكر
الثلث في الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار ليس بموقت
بل هو بنا الامر على الغالب المعتاد لان المشترى ان كان به عيب يقف
عليه المشترى في هذه المدة عادة ورضي به فيمسكه او لا يرضى به فيرده
والصاع من التمر كان قيمة اللبن الذي حلبه المشترى علمه رسول الله
صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله اعلم • واما تفسير العيب
الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن
في عادة التجار نقصانا فاحشا او يسيرا فهو عيب يوجب الخيار
وما لا فلا نحو العمى والعور والحول • والقبل وهو نوع من الحول مصدر
الاقبل وهو الذي كانه ينظر الى طرف انفه • والسبل وهو زيادة
في الاجفان • والعشى مصدر الاعشى وهو الذي لا يبصر بالليل • والخوص
مصدر الاخوص وهو غائر العين ... • والحوص مصدر الاحوص
وهو الضيق مؤخر العين • والغرب وهو ورم في الاماق وهي اطراف
العين التي تلي الانف وقيل هو دوران الدمع دائما • والظفرة وهي التي
يقال لها بالفارسية ناخنه • والشتر وهو انقلاب جفن العين • والبرص
والقرع • والسلع • والشلل • والزمانة • والقدع وهو اعوجاج في الرسغ
من اليد او الرجل • والفجج مصدر الافجج وهو الذي ... تباعد عقباه
ويكشف ساقاه في المشي • والصكك مصدر الاصك وهو الذي تصطك
ركبتاه • والحنف مصدر الاحنف وهو الذي اقبلت احدى ابهام رجليه
على الاخرى • والبري مصدر الابرى وهو خروج الصدر • والعسر مصدر
الاعسر وهو الذي يعمل بشماله • والاصبع الزائدة • والناقصة • والسن
الساقطة • والسوداء • والناقصة • والظفر الاسود • والبخر وهو نتن
الفم في الجواري لا في العبيد الا ان يكون فاحشا لانه حينئذ يجوز عد داء

في تفسير العيب وانواعه

والدفر وهو نتن الابط في الجارية لا في الغلام الا ان يفحش فيكون
عيبا فيهما جميعا • والادر وهو مصدر الادر وهو الذي به ادرة
يقال لها بالفارسية فتق • والرتق وهو انسداد فرج الجارية • والفتق
وهو انفتاح فرجها • والقرن وهو في النساء كالادرة في الرجال
والشمط • والشيب في الجواري والعبيد • والثؤلول • والقروح والشجاج
والامراض كلها • والحبل في الجواري لا في البهائم لانه زيادة في
البهيمة • وحذف الحروف في المصحف او في بعضه • والزنا في الجارية
لا في الغلام لانه يفسد الفراش وقد يقصد الفراش في الاماء بخلاف
الغلام الا اذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيبا
فيه ايضا لانه يوجب تعطيل منافعه على المولى • وكذلك اذا ظهر
وجوب الحد عليه فهو عيب • وقال بعض مشايخ بلخ الزنا يكون عيبا
في الغلام ايضا لانه لا يؤمن على اهل البيت فلا يستخدم وهذا
ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشترى للاستخدام في البيت بل
للاعمال الخارجة • وكون المشترا ولد الزنا في الجارية لا في العبيد
لما ذكرنا انه يقصد الفراش من الجواري فاذا جاءت بولد عير ولدها
بامه بخلاف الغلام لانه يشترى للخدمة عادة • والكفر في الجارية
والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر • واما الاسلام فليس بعيب
بان اشترى نصراني عبدا فوجد مسلما لانه زيادة • والنكاح
في الجارية والغلام لان منافع بضع الجارية مملوكة للزوج والعبد
يباع في المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصانا في ثمنها • والعدة من طلاق
رجعي لا من طلاق باين او ثلاث لان الرجعي لا يوجب زوال الملك بخلاف
البائن والثلاث • واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة
شهران فصاعدا • والاستحاضة لان ارتفاع الحيض في اوانه لا يكون

الاسلام

الا لداعادة وكذا استمرار الدم في ايام الطهر والاحرام في الجارية ليس بعيب
لان المشتري يملك ازالته فازالة ان يحللها والحرمة بالرضاع او الصهرية ليست
بعيب فيها لان الجواري لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام في
البيت وهذه الحرمة لا تقدح في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا وان لم
يثبت به الا حرمة الاستمتاع لانه يخل بالاستخدام والثيابة في الجارية
ليست بعيب الا ان يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعدم الشرط
والدين والجناية لانه يدفع بالجناية ويباع بالدين والجهل بالطبخ والخبز
في الجارية ليست بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو حرفة
بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا ان يكون ذلك مشروطا في العقد
فيردها لفوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن الطبخ والخبز في يد البايع ثم
نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا
في العقد لانها اذا كانت تحسن في يد البايع وهي صفة مرغوبة ويشترى لها الجارية
عادة فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة
فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصا وانعدام الختان في الغلام
والجارية اذا كانا مولدين كبيرين فان كانا مولدين صغيرين فليس بعيب لان الختان
في حالة الكبر فيه زيادة الم وهذا الذي ذكر في الجارية في عرف ديارهم لانهم
يختنون الجواري فاما في عرف ديارنا فالجارية لا تختن فعدم الختان فيها لا يكون
عيبا اصلا وان كان الغلام كبيرا حربيا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان اكثر الرقيق
يوتى به من دار الحرب واهل الحرب لا يختنونهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق
الامر على الناس ولان الختان اذا لم يكن من فعل اهل دار الحرب وعادتهم ومع
ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضى بالعيب والاباق والسرقة والبول
على الفراش والجنون لان كل واحد منها يوجب نقصان الثمن في عادة التجار
نقصانا فاحشا فكان عيبا الا انه هل يشترط في هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة

وهل

وهل يشترط ثبوتها عند المشتري بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره في موضعه
ان شاء الله تعالى والحيف مصدر الاحيف من الخيل وهو الذي احدى عينيه
زرقا والاخرى كحلا والصدف مصدر الاصدف وهو الدابة التي تبدا
اي يداها ويتباعد حافراها وتلتوي رسغاها والعزل مصدر الاعزل
وهو من الدواب الذي اصابه انقطاع عصب من ذنبه او رجله بعضها اذا
سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذي يقف ولا ينقاد للسابق ولا
للقايد والجماح والجموح مصدر الجموح وهو ان يشتد العدو فيغلب راكبه
وخلع الرسن ظاهر وبل المخلاة كذلك والهشم في الاواني والصدع في
الحايط والجذوع وبعضها من العيوب فانواع العيوب فيها كثيرة لا وجه
لذكرها كلها والتعويل في الباب على عرف التجار فما نقص الثمن في عرفهم
فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا والله اعلم واما شرايط ثبوت الخيار

فصل شرايط ثبوت خيار العيب

فمنها ثبوت العيب عند البايع او عنده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك
لا يثبت الخيار لان ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد
دلالة وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري ومنها ثبوته عند
المشتري بعد ما قبض المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البايع لثبوت حق الرد
في جميع العيوب عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى الاربعة من
الاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون كذلك فاما في العيوب الاربعة
فثبوتها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البايع كان وبعضهم فصل
في الاربعة فقال لا يشترط في الجنون ويشترط في غيره من العيوب الثلثة
وجه قول من فصل هذه العيوب الاربعة من سايرها في اعتبار هذا
الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال لها اذا ثبتت تحصل الثبوت
فثبوتها عند البايع يدل على بقائها عند المشتري فكان له حق الرد من غير
ان يظهر عنده بخلاف ساير العيوب فانها ليست بلازمة وجه قول من فرق

بين الجنون وغيره من الانواع الثلثة ان الجنون لفساد في محل العقل وهو
الدماغ وهو مما لا زوال عادة اذا ثبت ولهذا قال محمد رحمه الله ان
الجنون عيب لازم بخلاف الاباق والسرقة والبول على الفراش لانها ليست
بلازمة بل تحتمل الزوال اسبابها وجه قول العامة قول محمد رحمه الله تعالى
في الجامع الصغير فانه ذكر فيه انه لا يثبت للمشترى حق الرد في هذه العيوب
الاربعة الا بعد ثبوتها عنده وكان المعنى فيه ان الثابت عند البايع محتمل
الزوال فايل الارتفاع فاما ما سوى العيوب الاربعة لا شك فيه وكذلك
العيوب الاربعة لان حدوثها في الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهي محتمل
للزوال فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال اسبابها فان بقيت ثبت حق
الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها
عند المشترى ليعلم انها قايمة وقول القايل الجنون اذا تمت لا يزول عادة
ممنوع فان المجنون قد يفيق ويزول جنونه بحيث لا يعود اليه فما لم يوجد
عند المشترى لا يعلم بقاوه كما في الانواع الاخر الا ان الفرق بين الجنون
وبين غيره من الانواع الثلث من وجه اخر وهو ان هناك يشترط اتحاد
الحالة لثبوت حق الرد وهو ان يكون وجودهما عند البايع والمشترى
في حالة الصغر او في حالة الكبر حتى لو ابق او سرق او بال على الفراش عند
البايع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشترى بعد البلوغ لا يثبت
له حق الرد وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان
اختلاف الحال في الصور الثلثة يوجب اختلاف السبب لان سبب
البول على الفراش في حالة الصغر هو ضعف المثانة وفي الكبر داء في الباطن
والسبب في الاباق والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر الشرارة
وخبث الطبيعة واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود
في يد المشترى بعد البلوغ غير الموجود في يد البايع فكان عيبا حادثا وانه

يمنع

يمنع الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو
فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود في حالة الكبر عين الموجود
في حالة الصغر وهذا والله اعلم معنى قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم
ابدا الا ما قاله اولئك والله الموفق ومنها عقل الصبي في الاباق والسرقة
والبول في الفراش حتى لو ابق او سرق او بال على الفراش في يد البايع وهو
صغير لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشترى وهو كذلك لا يثبت له حق الرد
وهكذا اذا فعل ذلك في يد البايع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد
المشترى بعدما عقل لان الموجود في يد البايع ليس بعيب ولا بد من وجود
العيب في يده ومنها اتحاد الحال في العيوب الثلثة فان اختلفت لم
يثبت حق الرد بان ابق او سرق او بال على الفراش في يد البايع وهو صغير
عاقل ثم كان ذلك في يد المشترى بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل
اختلاف سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف
العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيبا حادثا عند الرد والله اعلم ومنها
جهل المشترى بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما به عند
احدهما فلا خيار له لان الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا
اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لان تمام الصفقة متعلق بالقبض
فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد ومنها عدم اشتراط البراءة عن
العيب في البيع عندنا حتى لو اشترط فلا خيار للمشترى لان شرط البراءة عن
العيب في البيع عندنا صحيح فاذا ابرأ فقد اسقط حق نفسه فصح الاسقاط
فيسقط ضرورة ثم الكلام في البيع بشرط البراءة في الاصل في موضعين احدهما
في جوازه والثاني في بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب اما الكلام في
جوازه فقد مر في موضعه وانما الحاجة هاهنا الى بيان ما يدخل تحت البراءة
من العيب فنقول وبالله التوفيق البراءة لا تخلو اما ان كانت عامة بان

للاباق والسرقة في الصغر

العلم بالعيب قبل الشراء او قبل القبض

فـ
البيع بشرط البراءة

قال بعت على اني بريء من العيوب او قال من كل عيب واما ان كانت خاصة
بان قال من عيب كذا وسماه وكل ذلك لا يخلو من ثلثة اوجه اما ان
قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد واما ان اطلقها اطلاقا واما ان اضافها
الى عيب يحدث في المستقبل فان قيدها بعيب قائم حالة العقد لا يتناول
العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سواء كانت البراءة عامة
بان قال ابرأتك من كل عيب به او خاصة بان قال ابرأتك مما به من عيب كذا
لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة وان اطلقها
اطلاقا دخل فيه القائم والحادث عند ابي يوسف وعند محمد لا
يدخل فيه الحادث وله ان يرده وهو قول زفر وجه قول محمد ان
الابراء عن العيب يقتضي وجود العيب لان الابراء عن المعدوم لا يتصور للابراء عن المعدوم
والحادث لم يكن موجودا عند البيع فلا يدخل تحت الابراء فلو دخل انما
يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والابراء لا يحتمل الاضافة لان فيه
معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل الحادث عند الاضافة اليه
نصا فعند الاطلاق اولى وجه قول ابي يوسف ان لفظ الابراء يتناول
الحادث نصا ودلالة اما النص فانه عمم البراءة عن العيوب كلها او
خصها بجنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه او تقييده بالموجود
عند العقد لا يجوز الا بدليل واما الدلالة فهي ان غرض البائع من هذا
الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه
دلالة واما قول محمد ان هذا ابراء عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف
من وجهين احدهما ان نقول هذا ممنوع بل هذا ابراء عن الثابت لكن تقديرا
وبيانه من وجهين احدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد
ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولهذا يثبت حق الرد به
كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان للقبض حكم العقد فكان هذا ابراء

عن حق ثابت تقديرا والثاني ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان
البيع يقتضي وجوب تسليم المعقود عليه سليما عن العيب فاذا عجز عن
تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن فكان وجوب
تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد والبيع سبب لوجوب تسليم المبيع
فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب
فكان هذا ابراء عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشيء اذا وجد
يجعل هو ثابتا تقديرا لاستحالة خلو الحكم عن السبب فكان ابراء عن الثابت
للابراء عن الجراحة تقديرا ولهذا صح الابراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان
للابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة ابراء عما يحدث من الجرح تقديرا وكذا الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة
يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هذا والثاني
ان هذا ابراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح
كالابراء عن الجرح والابراء عن الاجرة على ما بينا بخلاف الابراء عن كل
حق له لانه لا يتناول الحادث لان الحادث معدوم للحال بنفسه وسببه
فلو انصرف اليه الابراء لكان ذلك ابراء عما ليس بثابت اصلا لا حقيقة
ولا تقديرا لانعدام سبب الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان
هذا تعليق البراءة بشرط او الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابراء عن حق
ثابت وقت الابراء تقديرا لما بينا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا
للابراء عن عيب يحدث اضافة فيصح والله اعلم وان اضافها الى عيب حادث بان قال على اني بريء
من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابراء
لا يحتمل الاضافة لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا
يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الاضافة الى زمان في المستقبل نصا كما لا
يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا ابراء ادخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد
اختلفا في وجود العيب حال البيع البيع ولو اختلفا في عيب فقال البائع هو كان موجودا عند العقد فدخل

تحت البراءة وقال المشتري بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة فان كانت
البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول ابي يوسف لان العيب الحادث داخل
تحت البراءة المطلقة عنده واما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه وقال
زفر والحسن بن زياد القول قول المشتري وجه قولهما ان المشتري هو المبري
لان البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيما ابرا قوله وجه قول محمد ان البراءة
عامة والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع
ينكر فكان القول قوله كما لو ابراه عن الدعاوي كلها ثم ادعى شيا ما في يده
وهو ينكر كان القول قوله دون المشتري لما قلنا كذا هذا ولو كانت
مقيدة بعيب يكون عند العقد فاختلف البائع والمشتري على نحو ما ذكرنا
فالقول قول المشتري لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود
حالة العقد والمشتري يدعي العيب لاقرب الوقتين والبائع يدعيه لابعدهما فكان
الظاهر شاهدا للمشتري وهذا لان عدم العيب اصل والوجود عارض فكان
احالة الموجود الى وقت اقرب الوقتين اقرب الى الاصل والمشتري يدعي ذلك
فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فسا ومه رجل فقال له المشتري
اشتره فانه لا عيب فيه ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد المشتري به عيبا واقام
البينة على ان هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع انك اقررت انه لا
عيب به فقد اكذبت شهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه في الرد وله
ان يرده لان مثل هذا الكلام في المعارف لا يراد به حقيقته وانما يذكر
لترويج السلعة ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والادمي لا يخلوا
عن عيب فالتحق بالعدم وصار كانه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب بان
قال اشتره فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا واراد الرد فان كان ذلك
نوعا اخر سوى النوع الذي عينه له ان يرده لانه اقرار منه بهذا النوع وان
كان من النوع الذي عينه ينظر ان كان مما يحدث مثله في مثل تلك المدة ليس له

البراءة عن الدعاوي

للاصل الحالة الموجود الى اقرب الوقتين

مطلب

له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق في المعارف لا ترويج السلعة
فصار مناقضا ولان الادمي لا يخلوا عن عيب معين فلم يتعين كذبه وان كان
مما لا يحدث مثله في مثل تلك المدة له حق الرد لانا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق
كلامه بالعدم ولو ابراه عن عيب واحد شجة او جرح فوجد جرحين او شجتين
فعلى قول ابي يوسف الخيار الى البائع يبرا من ايهما شا وعلى قول محمد الخيار
للمشتري يرد بايهما شا وفايدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع
الرد باعتراض اسباب الامتناع من هلاك المبيع او حدوث عيب اخر
في يد المشتري او غير ذلك من الاسباب المانعة من الرد واراد الرجوع
بنقصان العيب فاما عند امكان الرد فلا تظهر فايدة في هذا الاختلاف
وجه قول محمد ان الابرا يستفاد من قبل المشتري والاجمال جاء من قبله
حيث اطلق البراءة الى شجة واحدة غير عين واذا كان الاجمال منه كان
البيان اليه وجه قول ابي يوسف ان الابرا وان كان من المشتري لكن
منفعة الابرا عايدة الى البائع فصار كان المشتري فوض التعيين اليه فكان
الخيار له ولو ابراه من كل دا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يقع
على الباطن لان الظاهر يسمى مرضا لا دا وروي عن ابي يوسف انه يقع
على الباطن والظاهر جميعا لان الكل دا ولو ابراه من كل غايلة فهي على
السرقة والاباق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما تعده التجار عيبا
كذا روى عن ابي يوسف رحمه الله ان الغايلة هي الخيانة وهي التي
تثبت في عهدة المماليك لا دا ولا غايلة على ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم
حين ما اشترى عبدا او امة هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم
من العدا ابن خالد بن هوذه عبدا او امة لا داية ولا غايلة بيع المسلم من المسلم
والله الموفق واما طريق اثبات العيب فلا يمكن الوصول اليه معرفته الا
بعد معرفة اقسام العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف

الفرق بين الداء والمرض

تفسير الغايلة

في طريق اثبات العيب

اصناف العيب الظاهر

العيب فنقول وبالله التوفيق العيب لا يخلو اما ان يكون ظاهرا مشاهدا يقف عليه كل احد كالاصبع الزايد والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها واما ان يكون مما لا يطلع عليه الا النسا فان كان باطنا خفيا لا يقف عليه الا الخواص من الناس وهم الاطبا والبياطرة واما ان يكون على فرج الجارية او مواضع العورة منها واما ان يكون مما لا يقف عليه النسا بان كان في داخل الفرج واما ان يكون مما لا يقف عليه الا الجارية المشتراه كارتفاع الحيض والاستحاضة واما ان يكون مما لا يقف عليه بالتجربة والامتحان عند الخصومة كالاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون فالمشتري لا يخلو اما ان يريد اثبات كون العيب في يده للحال واما ان يريد اثبات كونه في يد البايع عند البيع والقبض

العيب الخفي

اذا اراد المشتري اثبات العيب في الحال

فان اراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضي او امينه لان العيان لا يحتاج الى البيان وان كان لا يقف عليه الا الاطبا والبياطرة فيثبت بقولهم لقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم في هذا الباب من اهل الذكر فيسئلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخي في مختصره انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من اهل الشهادة وهكذا ذكر القاضي الامام الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر استاذي الشيخ الامام الاجل الزاهد علا الدين محمد بن احمد السمرقندي تغمده الله برحمته في بعض مصنفاته انه ليس بشرط ويثبت بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ الامام الزاهد ابو المعين في الجامع الكبير من تصانيفه رحمه الله وجه هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضا وانما تصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد في الشهادة يثبت تعبدا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في خبر المسلم لا يقف على العدد بل يثبت بنفس العدالة الا ان الشرع ورد به تعبدا

في انه هل يشترط في اثبات العيب في الحال تعدد البينة واشار الى رجحان القول بالتعدد بقوله وجه القول الاول مع قوة دلالته فيكون هو المفتى به على قول

فيراعي

فيه مورد التعبد وهو شهادة يتصل بها القضا وهذه شهادة لا يتصل بها القضا فبقيت على اصل القياس وجه القول الاول النصوص المقتضية لاعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذي ذكرناه في كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضا لكنها من ضرورات القضا لا وجود للقضا بدونها الا ترى انه ما لم يثبت العيب عند البايع للمشتري فالقاضي لا يقضي بالرد فكانت من ضرورات القضا فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة القايمة على اثبات العيب عند البايع وان كان مما لا يطلع عليه الا النسا فالقاضي يريهن بذلك لقوله تعالى فسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنسا فيما لا يطلع عليه الرجال اهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امراة واحدة عدل والثنتان احوط لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع كشهادة القابلة في النسب لكن لا بد من العدالة لان بها يترجح جانب الصدق على جانب الكذب في الخبر ولا يثبت بقول المشتري وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه متهم في هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا في كتاب الاستحسان ملحق هذا بما لا يطلع عليه الا النسا لما قلنا وان كان لا يطلع عليه الا الجارية المشتراه فلا يثبت بقولها لكونها متهمة وان كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه اصلا فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البايع بالله ليس به للحال هذا العيب واما الاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في ساير الشهادات وان لم تقم للمشتري حجة على اثبات العيب للحال في هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البايع لم يذكر في الاصل وذكر في الجامع انه يستحلف

لا يقبل قول الجارية المشتراه في العيب

قول ابي يوسف ومحمد وسئلت عن قول ابي حنيفه من المشايخ منهم من قال يستحلف
بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على ان ابا حنيفة يخالفهما ومنهم من
قال المسئلة على الخلاف ذكرت في النوادر وذكر الطحاوي ايضا ان عند ابي
حنيفه لا يستحلف وعندهما يستحلف وجه قولهما ان المشتري يدعي حق
الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة
او نكول البايع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البايع فيثبت العيب عند
نفسه وهل يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند البايع كذا
هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البايع
ولا دعوى له على البايع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم يوجد
دعواه على البايع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو النكول قلنا
النكول يكون بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى على البايع يمنع الاستحلاف
ثم ان استحلف البايع في هذه العيوب يحلف على العلم لا على البتات بالله ما
يعلم ان هذا العبد ابق عند المشتري ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا
يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف على فعل غيره يحلف على
العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات
اصله خبر المشتري فان حلف لم يثبت العيب عند المشتري وان نكل يثبت
عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا اراد اثبات العيب عند البايع فينظر
ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث اصلا كالاصبع الزايدة ونحوها
او لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها يثبت
كونه عند البايع بثبوت كونه عند المشتري لانه اذا لم يحتمل الحدوث او لا
يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة فعلمنا بكونه عند البايع وان كان
مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة لا يكتفي بثبوت كونه عند المشتري بل
يحتاج المشتري الى اثبات كونه عند البايع لانه اذا احتمل حدوث مثله

الحلف على فعل الغير يحلف على العلم

اذا اراد اثبات العيب عند البايع

في مثل تلك المدة احتمل انه لم يكن عند البايع وحدث عند المشتري
فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من اثباته عند البايع بالبينة وهي
شهادة رجلين او رجل وامراتين طبيبين كانا او غير طبيبين وانما شرط
العدد في هذه الشهادة لانها شهادة يقضى بها على الخصم فكان العدد
فيها شرطا كساير الشهادات التي يقضى بها على الخصوم وروي عن ابي يوسف
ان فيما لا يطلع عليه الا النساء يرد بثبوته عند المشتري ولا يحتاج الى
الاثبات عند البايع والمشهور من مذهب ابي يوسف ومحمد انه لا يكتفي
بالثبوت عند المشتري بل لا بد من اثباته عند البايع بالبينة وهو الصحيح
لان قول النساء في هذا الباب حجة ضرورية والضرورة في القبول في حق
ثبوته عند المشتري ليس لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند
المشتري ثبوته عند البايع لاحتمال الحدوث فيقبل قولها في حق توجه
الخصومة لا في حق الرد على البايع واذا كان الثبوت عند البايع فيما يحتمل حدوث
مثله شرطا لثبوت حق الرد يقول القاضي هل كان هذا العيب عندك
فان قال نعم رده عليه والا ان يدعي الرضا او الابراء وان قال لا كان القول
قوله الا ان يقيم المشتري البينة لان المشتري يدعي عليه حق الرد وهو منكر
فان اقام المشتري البينة على ذلك رده على البايع الا ان يدعي البايع الدفع
بدعوى الرضا او الابراء ويقيم البينة على ذلك فيندفع دعوى المشتري
وان لم يكن له بينة وطلب يمين المشتري حلفه القاضي بالله ما رضي بهذا العيب
ولا ابراه عنه ولا عرضه على البيع منذ راه وان لم يدع الدفع بالرضا والابراء
فان القاضي يقضي بفسخ العقد ولا يستحلف المشتري على الرضا والابراء
والعرض على البيع عند ابي حنيفه ومحمد وعند ابي يوسف لا يفسخ ما لم
يستحلفه بالله ما رضي بهذا العيب ولا ابراه عنه ولا عرضه على البيع
منذ راه بعد ما علم به من العيب وجه قول ابي يوسف ان القاضي لو قضى بالفسخ

قبل الاستحلاف فمن الجائز ان يدعي البائع على المشتري الدفع بدعوى الرضا
او الابرا بعد القضا بالفسخ ويقيم البينة عليه فينفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف
قبل الفسخ فيه صيانة القضا عن النقض وانه واجب وجه قولهما ان
البائع اذا لم يطلب يمين المشتري فيحلف القاضي من غير طلب الخصم انشاء
الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لانشائها وقول ابي يوسف
ان في هذا صيانة قضا القاضي عن الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه
لان الظاهر ان البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشتري اذ لو علم لادعى الدفع
بدعوى الرضا ولما سكت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر
له الرضا من المشتري فلا يدعي الدفع بعد ذلك وان لم يقم المشتري بينة

كيفية التحليف

على اثبات العيب عند البائع وطلب المشتري يمينه فيما سوى العيوب
الاربعة يستحلف على البتات بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب
وانما جمع بين البيع والتسليم في الاستحلاف لان الاقتصار على البيع يوجب
بطلان حق المشتري في بعض الاحوال لجواز ان يحدث العيب بعد البيع
قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا
احتياط في هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه ومن الجائز حدوث العيب
بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقا في يمينه لان شرط حنثه
وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحنث بوجوده في احدهما فيبطل
حق المشتري فكان الاحتياط هو الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله
ما له حق الرد بهذا العيب الذي ذكره ومنهم من قال يستحلف بالله لقد
سلمته وما به هذا العيب الذي يدعي وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود
عند البيع والحادث قبل التسليم وانما يستحلف على البتات لانه استحلف
على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان
حلف برئ ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه ويفسخ العقد الا اذا ادعى

البائع على المشتري الرضا بالعيب او الابرا عنه او العرض على البيع بعد
العلم به ويقيم عليه البينة فيبرئ ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب
تحليف المشتري يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند ابي
حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ما تقدم واما في العيوب الاربعة
ففي الثلاثة منها وهي الاباق والسرقة والبول على الفراش يستحلف بالله
ما ابق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفي الجنون بالله ما جن عندك قط
وانما اختلفت هذه العيوب في كيفية الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم
ان اتحاد الحالة في العيوب الثلثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط في

كيفية الرد والفسخ بالعيب

الجنون بل هو عيب لازم ابدا واما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد
ثبوته فالمبيع لا يخلو اما ان يكون في يد البائع او في يد المشتري فان
كان في يد البائع ينفسخ البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج الى قضاء
القاضي ولا الى التراضي بالاجماع وان كان في يد المشتري لا ينفسخ الا بقضا
القاضي او بالتراضي عندنا وعند الشافعي ينفسخ بقوله رددت من غير
قضاء ولا رضا وكذلك الرد بخيار الرؤية بلا خلاف بين اصحابنا وجه قول
الشافعي ان هذا نوع فسخ فلا يفتقر صحته الى الرضا ولا الى القضا كالفسخ
بخيار الشرط بالاجماع وخيار الرؤية على اصلكم وبهذا لم يفتقر اليه قبل
القبض كذا بعده ولنا ان الصفقة تمت بالقبض واحد العاقدين لا ينفرد
لفسخ الصفقة بعد تمامها كالاقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب
العقد لانه رفع العقد ثم العقد لا ينعقد باحد العاقدين فلا ينفسخ باحدهما
من غير رضى الاخر من غير قضا القاضي بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة ليست
تامة بل تمامها بالقبض فكان القبض بمنزلة القبول فالرد قبل القبض يكون في
معنى الامتناع من القبول كانه لم يشتر وبخلاف الرد بخيار الشرط
لان الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد في معنى الدفع

والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الرؤية لان عدم الرؤية
منع تمام الصفقة لانه اوجب خللا في الرضا فكان الرد كالدفع اما
هاهنا فالصفقة قد تمت بالقبض فلا يحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير
قرينة القضا او الرضا والله اعلم واما بيان من يلزمه الخصومة في
العيب فنقول وبالله التوفيق الخصومة في العيب يلزم البايع العاقد سوا
كان حكم البيع له او لغيره بعد ان كان من اهل ان يلزمه الخصومة
الا القاضي او امينه وذلك كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب
والماذون والاب والوصي لان الخصومة في العيب من حقوق العقد
وحقوق العقد في هذا الباب راجع الى العاقد اذا كان اهلا فان لم
يكن بان كان صبيا او محجورا او عبدا محجورا فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم
الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة واما القاضي او امينه فلا تلزمه
الخصومة لان الولاية للقاضي انما تثبت شرعا نظرا لمن وقع العقد له فلو
لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة فكان القاضي في هذا
الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل من
العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والماذون لا يرجعان على المولى
لان الوكيل يتصرف للموكل بنيابة عنه وتصرف النايب كتصرف المنوب
عنه فاما المكاتب والماذون فانما يتصرفان بطريق الاصالة لا لغيرهما لا
بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة المانع فاذا
زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بما لكيته نفسه فكان عاقدا لنفسه لا
لمولاه والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقدا لنفسه
كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له ان يرده على موكله
فهذا لا يخلو من ثلثة اوجه اما ان يرده عليه ببينة قامت على العيب واما
ان يرده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطرا واما

ان رده عليه باقراره بالعيب فان رده عليه ببينة قامت على العيب رد
على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهو نايب عنه فيلزم الموكل
وان رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطرا
ملجا الا ترى انه لا يملكه في الخصومة وانما جا هذا الاضطرار من ناحية
الموكل لانه هو الذي اوقعه فيه فكان مضافا اليه وان رد عليه باقراره
بالعيب ينظر ان كان عيبا لا يحدث مثله رد على الموكل لانه علم ثبوته
عند البيع بيقين وان كان يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة
فان كان رد عليه بقضا القاضي لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة
قاصرة فكان حجة في حقه خاصة لا في حق موكله وان رد عليه بغير قضا
لزم الوكيل خاصة سوا كان العيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان الرد
بغير قضا وان كان فسخا فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل
كما لو اشتراه فاما المضارب والشريك فقبولهما يلزم رب المال والشريك
الاخر لان حكم شرائهما يلزمهما بخلاف الوكيل والله اعلم واما بيان ما
يمتنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط
ولا يلزم فنقول الرد بالعيب يمتنع باسباب منها الرضا بالعيب بعد
العلم به لان حق الرد لفوت السلامة المشروطة في العقد دلالة ولما رضي
بالعيب بعد العلم به دل انه ما شرط السلامة ولانه ثبت نظرا للمشتري
دفعا للضرر عنه فاذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر ثم الرضا
نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة اما الاول فنحو قوله رضيت
بالعيب او اجزت هذا البيع او ما يجري مجراه واما الثاني فهو ان يوجد
من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا على العيب نحو
ما اذا كان ثوبا فصبغه او قطعه او سويقا فلته بسمن او ارضا فبنى عليها
او حنطة فطحنها او لحما فشواه ونحو ذلك او تصرف تصرفا اخر حتى

من يلزمه الخصومة في العيب

العاقد

اذا رد على الوكيل بغير قضا لزم الوكيل

ما يمنع الرد بعد ثبوت العيب

في ان الرضا بالعيب نوعان صريح ودلالة
اما الرضا صريحا
الدلالة على الرضا

عن ملكه وهو عالم بالعيب او ليس بعالم او بلعه المشتري او وهبه وسلمه
او اعتقه او كاتبه او دبره او استولدها لان الاقدام على هذه التصرفات
مع العلم بالعيب دليل الرضى بالعيب ويكون العلم بالعيب في كل ذلك يبطل
حق الرد ولو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان كان قبل القبض له ان
يرده على بايعه سوا كان الرد بقضا القاضي او بالتراضي بلا خلاف وان
كان بعد القبض فان كان بقضا القاضي له ان يرده على بايعه بلا خلاف
وان كان قبله البايع بغير قضاء ليس له ان يرده عندنا وعند الشافعي
له ان يرده وجه قوله ان المانع من الرد خروج السلعة عن ملكه فاذا
عادت اليه فقد زال المانع وصار كانه لم تخرج وهذا اذا رد عليه بقضا
له ان يرده على بايعه وكذا اذا رد عليه بخيار شرط او بخيار رؤية على
اصلكم ولنا ان القبول بغير قضا فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما انه فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الغير
فصار كما لو عاد اليه ولو اشتراه لم يملك الرد على بايعه كذا هذا والدليل
على ان القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير العاقدين ان معنى البيع موجود
فكان يشبه الشرا اقامة فكان الرد عند التراضي بيعا لوجود معنى البيع
فيه الا انه اعطي له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعا جديدا في
حق غيرهما بمنزلة الشرا المبتدا ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق
الشفعة انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضا القاضي لانه لم يوجد فيه
معنى البيع اصلا لانعدام التراضي فكان فسخا والفسخ رفع العقد من الاصل
وجعله كان لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة وبخلاف ما
قبل القبض لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض الا ترى ان حدوث العيب قبل
القبض كوجوده قبل البيع وكان الرد قبل القبض في معنى الامتناع من القبول
كان المشتري رد ايجاب البايع ولم يقبله ولهذا لم يفتقر الرد بعد القبض
الى القاضي وبخلاف ما اذا رد عليه بخيار شرط او رؤية انه يرده على

بايعه لان معنى البيع لم يوجد في هذا الرد الا ترى انه يرده على بايعه من
غير رضاه فكان فسخا ورفعا للعقد من الاصل كانه لم يكن وكذا لو
وطي الجارية المشتراة او لمسها لشهوة او نظر الى فرجها عن شهوة مع العلم
بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب وقال الشافعي ان كانت الجارية
بكرا فوطيها المشتري فكذلك واما اذا كانت ثيبا فوطيها بدون العلم
بالعيب لا يمتنع الرد بالعيب وستاتي المسألة ان شا الله تعالى ولو قبلت
الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار ولو
استخدم المشترا بعد ما علم بالعيب فالقياس ان يسقط خياره وفي الاستحسان
لا وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في خيار الشرط ولو كان المشترا
دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره
وان ركبها ليسقيها او ليردها على البايع او ليشتري لها علفا ففيه قياس
واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار الشرط ولو ركبها
لينظر الى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفي شرط الخيار لا
يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط وكذا لو كان المشترا ثوبا
فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا
يبطل ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه في شرط الخيار وان كان المشترا دارا
فسكنها بعد ما علم بالعيب او رم منها شيئا او هدم سقط خياره وذكر
في بعض شروح مختصر الطحاوي في السكنى روايتان والحاصل ان كل تصرف يوجد
من المشتري في المشترا بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط
الخيار ويلزم البيع والله اعلم ومنها اسقاط الخيار صريحا او ما هو في
معنى الصريح نحو ان يقول المشتري اسقطت الخيار او ابطلته او الزمت البيع
او اوجبته البيع او ما يجري هذا المجرا لان خيار العيب حقه والانسان بسبيل
من التصرف في حقه استيفا واسقاطا ومنها ابرا المشتري عن العيب لان

الوطي واللمس والنظر بشهوة يمنع الرد سوا علم او لم يعلم العيب

كل تصرف بعد العلم بالعيب يدل على الرضا ويسقط الخيار ويلزم البيع

في اسقاط الخيار صريحا

الابراء اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والمحل قابل
للسقوط الا ترى كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحا فاذا اسقطه
يسقط ومنها هلاك المبيع لفوات محل الرد ومنها نقصانه وجملة الكلام هلاك المبيع ونقصانه يمنع الرد
فيه ان نقصان المبيع لا يخلوا اما ان يكون بافة سماوية او بفعل المشترى
او بفعل المبيع هذا وما اذا لم يكن عيب سواو قد ذكرنا حكمه في البيع
البات فيما تقدم ان المشترى بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان
شاء اخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك وان كان نقصان وصف فان الفرق بين نقصان القدر والوصف
شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا هنالك وان كان بفعل البايع
فكذلك الجواب فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سوا وهو ان المشترى
بالخيار ان شاء اخذه وطرح عنه قدر النقصان الذي حصل بفعل البايع من
الثمن وان شاء ترك كما لم يجد به عيبا وان كان بفعل المشترى لا خيار له
ويصير قابضا بالجناية ويتقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيبا كان
عند البايع على ما ذكرنا فيما تقدم وان وجد به عيبا كان عند البايع
فان شاء رجع بنقصان العيب وان شاء رضي به وان قال البايع انا اخذه
مع النقصان ليس للمشترى ان يحبسه ويرجع عليه بالنقصان بل يرده
عليه ويسقط جميع الثمن وسنذكر الاصل في جنس هذه المسايل
في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع ان شاء الله تعالى هذا
اذا لم يوجد من البايع منع المبيع لاستيفا الثمن بعد ما صار المشترى قابضا
بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم وجد المشترى به عيبا
له ان يرده على البايع ويسقط عن المشترى جميع الثمن لانه بالمنع صار
مستردا للمبيع ناقضا ذلك القبض فانتقض وجعل كان لم يكن فكان له حق
الرد على البايع ويسقط عنه جميع الثمن الا قدر ما نقص بفعله وان كان
بفعل اجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء رضي به بجميع الثمن واتبع الجاني

بالارش وان شاء ترك وسقط عنه جميع الثمن واتبع البايع الجاني هذا اذا لم
يجد المشترى به عيبا هذا اذا حدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيبا
فاما اذا حدث بعد القبض ثم وجد به عيبا فان حدث بافة سماوية او حدوث العيب بعد القبض
بفعل المبيع او بفعل المشترى لم يكن له ان يرده بالعيب عند عامة العلماء
وقال مالك له ان يرده ويرد معه ارش العيب الحادث وجه قوله ان حق
الرد بالعيب ثبت نظرا للمشترى فلو امتنع انما يمتنع نظرا للبايع والمشترى
باستحقاق النظر اولى من البايع لانه لم يدلس العيب والبايع قد دلس ولنا
ان شرط الرد ان يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند
القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البايع معيبا بعيب واحد ويعود على
ملكه معيبا بعيبين فانعدم شرط الرد فلا يرد ولو كان المبيع جارية
فوطيها المشترى ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكرا لم يردها بالاجماع وان
كانت ثيبا فكذلك عندنا وقال الشافعي يرد وجه قوله انه وجد
سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا الحكم اما
السبب فهو العيب وقد وجد واما الشرط ان يكون المردود وقت الرد
كما كان وقت القبض وقد وجد لان الوطي لا يوجب نقصان العين اذ هو
استيفا منافع البضع فاشبه الاستخدام بخلاف وطي البكر لان العذرة
عضو منها وقد ازالها بالوطي ولنا ان منافع البضع لها حكم الاجزاء والاعيان
بدليل انها مضمونة بالعين وغير العين لا تضمن بالعين هو الاصل وقام الدليل
على ان المنافع لا تضمن بالاتلاف عندنا اصلا فكان استيفاؤها في حكم
اتلاف الاجزاء والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع
طرفا منها وكما في وطي البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفا منفعة محضة
ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الاصل من
كل وجه او من وجه فتبين ان الوطي صادف ملك البايع من كل وجه او من

وجد وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وانه واجب وعلى
هذا الخرج قول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا اشترى رجلان شيئا ثم اطلعا على
عيب به كان عند البايع انه لا ينفرد احدهما بالفسخ دون صاحبه وعند
ابي يوسف ومحمد ينفرد احدهما بالفسخ وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيئا
على انهما فيه بالخيار ثلثة ايام او اشتريا شيئا لم يرياه وجه قولهما انه رد
المشترى كما اشترى فيصح كما اذا اشترى عبدا على انه بالخيار في نصفه ثلثة
ايام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانهما لما اشتريا
العبد جملة واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه وقد رد النصف
فقد رد ما اشترى كما اشترى ولابي حنيفة رحمه الله انه لم يوجد شرط
الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على انه لم يوجد
شرط الرد ان الشرط ان يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضا ولم
يوجد لان قبضه غير معيب بعيب زايد فلو رده لرده وهو معيب بعيب
زايد وهو عيب الشركة لان الشركة في الاعيان عيب لان نصف العين
لا يشترى بالثمن الذي يشترى به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد ما اشترى
كما اشترى فلا يصح الرد دفعا للضرر عن البايع ولهذا لو وجب البيع في
عبد لاثنين فقبل احدهما دون الاخر لم يصح لان البايع لم يرض بزوال ملكه الا
عن الجملة فاذا قبل احدهما فقد فرق الصفقة على البايع فلم يصح دفعا للضرر عنه
كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل اجنبي او بفعل البايع بان
قطع يده ووجب الارش او كانت الجارية فوطيها ووجب العقر لم يكن له
ان يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى اخر يختص به وهو ان النقصان بفعل الاجنبي
او بفعل البايع يوجب الارش او العقر للمشترى وانه زيادة وهذا يمنع الرد
بالعيب على ما سنذكره ولو اشترى ما لا في جوفه كالبطيخ والجوز والقثا
والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجد فاسدا فهذا في الاصل

اشترى شيئا لا ينفرد احدهما بالفسخ بالعيب

البطيخ والجوز اذا كسره فوجده فاسدا

لا يخلوا

لا يخلوا من احد وجهين اما ان يكون وجد كله فاسدا واما ان وجد
بعضه فاسدا وبعضه صحيحا فان وجد كله فاسدا فان كان مما لا ينتفع
به اصلا فالمشترى يرجع على البايع بجميع الثمن لانه تبين ان البيع وقع
باطلا لانه بيع ما ليس بمال وبيع ما ليس بمال لا ينعقد كما اذا اشترى عبدا
ثم تبين انه حر وان كان مما يمكن الانتفاع به في الجملة ليس له ان يرده
بالعيب عندنا وعند الشافعي له ان يرده وجه قوله انه لما باعه منه
فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلا بتسليط البايع فلا يمنع الرد
ولنا ما ذكرنا فيما تقدم ان شرط الرد ان يكون المردود وقت الرد على
الوصف الذي كان عليه وقت القبض ولم يوجد لانه تعيب بعيب زايد بالكسر
فلو رد عليه لرد معيبا بعيبين فانعدم شرط الرد واما قوله البايع
سلطه على الكسر فنعم لكن بمعنى انه مكنه من الكسر باثبات الملك له فيكون
هو بالكسر متصرفا في ملك نفسه لا في ملك البايع بامره ليكون ذلك
منه دلالة الرضا فيكون هو بالكسر متصرفا وان وجد بعضه فاسدا
دون البعض ينظر ان كان الفاسد كثيرا يرجع على البايع بجميع الثمن لانه
ظهر ان البيع في القدر الفاسد وقع باطلا لانه تبين انه ليس بمال واذا
بطل في ذلك القدر يفسد في الباقي كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما
صفقة واحدة وان كان قليلا فكذلك في القياس وفي الاستحسان
صح البيع في الكل وليس له ان يرد ولا ان يرجع فيه بشيء لان قليل
الفساد فيه مما لا يمكن التحرز عنه اذ هذه الاشيا في العادات لا تخلوا
عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا
من فصل تفصيلا اخر فقال اذا وجد كله فاسدا فان لم يكن لقشره قيمة
فالبيع باطل لانه تبين انه ما ليس بمال وان كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه
فالبيع لا يبطل لانه اذا كان لقشره قيمة كان القشر مالا ولكن البايع بالخيار

في فساد كل المبيع اذا كان مما لا ينتفع به اصلا يوجب رد جميع الثمن وان امكن الانتفاع في الجملة فلا يوجب الرد فلت لكنه يوجب رد نقصان العيب لما تبين في محله

احكام فساد بعض المبيع

ان شا رضي به ناقصا وقبل قشره ورد جميع الثمن وان شا لم يقبل لانه تعيّب
بعيب زايد ورد على المشتري حصة المعيب جبرا لحقه وان وجد بعضه
فاسدا فهو على هذا التفصيل ايضا لانه ان لم يكن لقشره قيمة رجع على
البايع بحصته من الثمن وان كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون ٣
القشر اعتبارا للبعض بالكل الا اذا كان الفاسد منه قليلا قدر ما لا
يخلو امثله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشي والله اعلم ومنها الزيادة
المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة الكلام في الزيادة انها
لا تخلو اما ان حدثت قبل القبض واما ان حدثت بعده وكل واحد
من الزيادتين لا يخلو من ان تكون منفصلة او متصلة والمتصلة لا
تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالحسن والجمال والكبر والسمن
والسمع وانجلا بياض احدى العينين ونحو ذلك او غير متولدة منه كالصبغ
في الثوب والسمن والعسل الملتوت بالسويق والبنا في الارض ونحوها
وكذلك المنفصلة لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالولد واللبن
والثمرة ونحوها او غير متولدة من الاصل كالكسب والصدقة والغلة
والبيع لا يخلو من ان يكون صحيحا او فاسدا اما الزيادة في البيع الفاسد
فحكمها نذكره في بيان حكم البيع الفاسد ان شا الله تعالى واما في البيع الصحيح
فان حدثت الزيادة قبل القبض فان كانت منفصلة متولدة من الاصل فانها
لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة لقيامها
بالاصل فكانت مبيعة تبعا والاصل ان ما كان تابعا في العقد يكون
تابعا في الفسخ لان الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الاصل بالفسخ فيه
مقصودا وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ في الاصل وان كانت متصلة
غير متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست
بتابعة بل هي اصل بنفسها الا ترى انه لا يثبت حكم البيع فيها اصلا وراسا

فلو

المزيادة المنفصلة ... تمنع الرد بالعيب

الفسخ للاصل يكون فسخا للزيادة

الزيادة المتصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالعيب

فلو رد المبيع لكان لا يخلو اما ان يرده وحده بدون الزيادة واما
ان يرده مع الزيادة لا سبيل الى الاول لانه متعذر لتعذر الفصل ولا
سبيل الى الثاني لان الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في
الفسخ ولان المشتري صار قابضا للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار
كانها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله اعلم
وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد فان شا المشتري
ردهما جميعا وان شا رضي بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا
انها تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق ان شا الله تعالى ولو لم يجد
بالاصل عيبا ولكن وجد بالزيادة عيبا ليس له ان يردهما لان هذه
الزيادة قبل القبض مبيعة تبعا لا بجهة فسخ العقد فيه مقصودا
الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصانا
في المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو
قبض الاصل والزيادة جميعا ثم وجد بالاصل عيبا انه ان رده خاصة
بحصته من الثمن بعدما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قدر
الزيادة وقت القبض لان الزيادة انما تاخذ قسطا من الثمن بالقبض
لذلك لا يعتبر قيمتها وقت القبض ولو لم يوجد بالاصل عيبا ولكن وجد
بالزيادة عيبا ان يردها خاصة بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة
من الثمن بالقبض فيردها بحصتها من الثمن وان كانت الزيادة منفصلة
من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة
لانعدام حكم ثبوت حكم البيع بوجوده فيها وانما هي مملوكة بسبب على حدة وهو ملك
الاصل فبالرد ينفسخ العقد في الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود
سبب الملك فيه مقصودا او بملك الاصل لا بالبيع فكانت ربحا لا ربا لاختصاص
الربا بالبيع لانه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد

المنفصلة المتولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب

الزيادة المنفصلة من الاصل لا تمنع الرد وتكون للمشتري

ثم اذا ارد الاصل فالزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما لم يضمن فلا
تطيب وعند ابي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبايع لكنها لا تطيب له
هذا اذا اختار المشتري الرد بالعيب فان رضي بالعيب واختار
البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لانها ربح ما لم يضمن وقد نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولانها زيادة لا يقابلها عوض في عقد
البيع فانه تفسير الربا ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد
بالمبيع عيبا فان كانت الزيادة هالكة له ان يرد المبيع حاصة بجميع
الثمن بلا خلاف وان كانت قايمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف ومحمد يرد معه الزيادة وجه قولهما ان هذه زيادة
لا تتبع الاصل في حكم العقد فلا تتبعه في حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة
عيبا ليس له ان يردها لانه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فلا تحتمل
الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شي هذا اذا احدثت الزيادة
قبل القبض فاما اذا احدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من
الاصل فانها لا تمنع الرد ان رضي المشتري بردها مع الاصل بلا خلاف
لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد من الاصل مقصودا
وينفسخ في الزيادة تبعا وان ابى ان يرده وياخذ نقصان العيب من البايع
وابى البايع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال ابو
حنيفة وابو يوسف رحمهما الله للمشتري ان ياخذ نقصان العيب من البايع
وليس للبايع ان يابى ذلك ويطلب الرد ويقول لا اعطيك نقصان
العيب ولكن رد علي المبيع معيبا لادفع اليك جميع الثمن وقال محمد
ليس للمشتري ان يرجع بالنقصان على البايع اذا ابى ذلك وللبايع ان يقول له
رد علي المبيع حتى ارد اليك الثمن كله ولقب المسالة ان الزيادة المتصلة

قبض المبيع مع الزيادة ثم وجد عيبا

اذا احدثت الزيادة بعد القبض
واراد ان يح

المتولدة

المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض صاحب
الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب
عندهما تمنع وعنده لا تمنع واصل المسالة في النكاح اذا ازداد المهر
زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل الدخول
انها هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده
لا تمنع وتذكر المسالة في النكاح ان شا الله تعالى وان كانت متصلة
غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع ويرجع بنقصان العيب لما ذكرنا
انه لو رد الاصل فاما ان يرده وحده واما ان يرده مع الزيادة والرد
وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة في العقد فلا يمكن جعلها تابعة
في الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد وان كانت
الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب عندنا وعند
الشافعي لا تمنع ويرد الاصل دون الزيادة وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ
عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية والكلام فيه مبني
على اصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عندنا مبيعة بعد ما ثبت
حكم الاصل فيه تبعا وبالرد دون الزيادة ينفسخ العقد في الاصل مقصودا
وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعا مقصودا بلا ثمن تستحق بالبيع وهذا
تفسير الربا في عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض فانها لا ترد
بدون الاصل ايضا احترازا عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل
لا يتضمن الربا ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ها هنا وردنا هناك اما
امتناع رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يؤدي الى الربا واما رده مع
الزيادة فلانه يؤدي الى ان يكون الولد للبايع بعد الرد ربح ما لم يضمن
لانه ينفسخ العقد في الزيادة ويعود الى البايع ولم يصل الى المشتري بمقابلته
شي من الثمن في الفسخ لانه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبايع ربح ما لم

ازداد المهر زيادة متصلة متولدة بعد القبض

اذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة تمنع الرد

تمنع الاقالة ايضا والفسخ بخيار الشرط والرؤية

يضمن لانه حصل في ضمان المشتري فاما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان
البايع فلو انفسخ العقد فيه لا يجوز ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت
منفصلة غير متولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب ويرد الاصل على
البايع والزيادة للمشتري طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة
اصلا لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فامكن
اثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل وينفسخ العقد فيه
وتبقى الزيادة للمشتري مملوكة بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له
هذا اذا كانت الزيادة قائمة للمشتري فاما اذا كانت هالكة فهلاكها
لا يخلو من ان يكون بآفة سماوية او بفعل المشتري او بفعل اجنبي فان كان
بآفة سماوية له ان يرد الاصل بالعيب وتجعل الزيادة كانها لم تكن
وان كان بفعل المشتري فالبايع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن وان شاء
لم يقبل ويرد نقصان العيب سواء كان حدوث تلك الزيادة اوجب نقصانا
في الاصل او لم يوجب نقصانا فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء
منفصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل وذا يوجب الخيار للبايع وان
كان بفعل اجنبي ليس له ان يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الاجنبي فيقوم الضمان
مقام العين فكان عينه قايم فيمتنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله اعلم
واما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام هاهنا يقع في موضعين احدهما في
بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرايط جواز الفسخ اما الاول فنوعان
اختياري وضروري فالاختياري نحو قوله فسخت او نقضت او رددته
وما في معناه والضروري هلاك المعقود عليه قبل القبض واما شرايط
جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن
احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين اصحابنا سواء كان
بعد القضاء او قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية وهل يشترط له الرضا

او

الزيادة المنفصلة الغير متولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب وهي للمشتري

بديع

بيان ما ينفسخ به العقد

فصل
شرايط جواز الفسخ ويأتي شرائط صحة الفسخ

او الرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له قضا القاضي ولا رضى البايع
وان كان بعد القبض يشترط له القضا او الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما
تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البايع قبل التمام فان
تضمن لا يجوز الا ان يرضى به البايع لان تفريق الصفقة على البايع قبل
التمام اضرار به على ما نذكر والضرر واجب الدفع ما امكن الا ان
يرضى به البايع لان الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا يجب دفعه وعلى
هذا يخرج ما اذا وجد المشتري المبيع معيبا فاراد رد بعضه دون
بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيئا
واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون
والمعدود والمتقارب في وعاء واحد صبرة واحدة واما ان يكون
اشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون
والمعدود في وعائين او صبرتين وكل شيء ينتفع باحدهما فيما وضع له
دون الاخر واما ان يكون شيئين حقيقة وشيئا واحدا تقديرا كالخفين
والنعلين والكعبين ومصراعي الباب وكل شيئين لا ينتفع باحدهما فيما وضع
له بدون الاخر واما ان يكون المشتري قبض كل المبيع واما ان لم يقبض
منه شيئا واما ان قبض البعض دون البعض والحادث في المبيع لا يخلو
اما ان يكون عيبا او استحقاقا اما العيب فان وجد ببعض المبيع قبل
القبض لشيء منه فالمشتري بالخيار ان شاء رضي بالكل ولزمه جميع الثمن
وان شاء رد الكل وليس له ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء
كان المبيع شيئا واحدا او اشياء لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق
الصفقة قبل تمامها باطل والدليل على ان الصفقة لا تتم قبل القبض ان
الموجود قبل القبض اصل العقد والملك لا صفة التأكد الا ترى انه
يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو امارة عدم التأكد واذا قبض وقع

وجد المشتري معيبا فاراد رد بعضه دون بعض

يخلو ام

الامن عن الانفساخ في الهلاك فكان حصول التاكد بالقبض والتاكيد
اثبات من وجه او له شبهة الاثبات وكذا ملك التصرف يتوقف على
القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان
العقد وكذا المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد — اذا وجد بالمبيع عيبا قبل القبض لا يحتاج الى قضا القاضي ولا الى التراضي
من غير الحاجة الى قضا القاضي ولا التراضي ولو كانت الصفقة تامة
تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس الرد كما بعد القبض فثبت
بهذه الدلايل ان الصفقة ليست بتامة قبل القبض والدليل على انه لا يجوز
تفريق الصفقة على البايع قبل تمامها ان في التفريق ضررا بالبايع والضرر
واجب الدفع ما امكن وبيان الضرر ان المبيع لا يخلو اما ان يكون
شيا واحدا واما ان يكون اشيا فالتفريق يتضمن الشركة والشركة في
الاعيان عيب فكان التفريق عيبا وانه عيب زايد لم يكن عند البايع — الشركة للاعيان عيب
فيتضرر به البايع وان كان المبيع اشيا فالتفريق يتضمن ضررا اخر وهو
لزوم البيع في الجيد بثمن الردي لان ضم الردي الى الجيد والجمع بينهما في
الصفقة من عادة التجار ترويجا للردي بواسطة الجيد فمن الجايز ان
يجد المشتري العيب بالردي فيرده فيلزم البيع في الجيد بثمن الردي فيتضرر
به البايع فدل ان في التفريق ضررا فيجب دفعه ما امكن ولهذا لم يجز
التفريق في القبول بان اضاف الايجاب الى جملة فقبل المشتري في
البعض دون البعض دفعا للضرر عن البايع بلزوم حكم البيع في البعض
من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما اوجب البيع الا في الجملة فلا يصح
القبول الا في الجملة لئلا يزول ملكه من غير ارادته ولا يتضرر به على ان تمام
الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض في معنى القبول من وجه فكان رد
البعض وقبض البعض تفريقا في القبول من وجه فلا يملك الا ان رضي البايع
برد المعيب عليه فياخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز وياخذ المشتري

الباقي

الباقي بحصته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظرا له فاذا
رضي به فلم ينظر لنفسه وان كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض
فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن
سوا كان المبيع شيا واحدا او اشيا وسوا وجد العيب بغير المقبوض
او بالمقبوض في ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود
عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وانه
باطل وروي عن ابي يوسف انه ان وجد العيب بغير المقبوض فكذلك
فاما اذا وجد بالمقبوض فله ان يرده خاصة بحصته من الثمن فهو
نظر الى المعيب منهما ايهما كان واعتبر الاخر به فان كان المعيب غير
المقبوض اعتبر الاخر غير مقبوض فكانهما لم يقبضا جميعا وان كان
المعيب مقبوضا اعتبر الاخر مقبوضا فكانه قبضهما جميعا لكن هذا
الاعتبار ليس بسديد لان في حد التعارض ليس اعتبار غير المعيب
بالمعيب في القبض وعدمه اولى من اعتبار المعيب بغير المعيب في القبض
بل هذا اولى لان الاصل عدم القبض فالعمل بالاصل عند التعارض اولى
هذا اذا كان المشتري لم يقبض شيا من المبيع او قبض البعض دون
البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فان كان المبيع شيا واحدا — اذا قبض المشتري جميع المبيع ثم وجد العيب بالبعض
حقيقة وتقديرا فكذلك الجواب ان المشتري ان شا رضي بالكل بكل الثمن
وان شا رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له ان يرد قدر المعيب خاصة
بحصته من الثمن لما ذكرنا ان فيه عيب الزام الشركة وانها عيب حادث
مانع من الرد وان كان اشيا حقيقة شيا واحدا تقديرا فكذلك
لان افراد احدهما بالرد اضرار بالبايع اذ لا يمكن الانتفاع باحدهما فيما
وضع له بدون الاخر فكانا فيما وضع له من المنفعة كشي واحد فكان المبيع
شيا واحدا من حيث المعنى فالرد يثبت الشركة من حيث المعنى والشركة

في الاعيان عيب أو اذا كان لا يمكن الانتفاع باحدهما بدون صاحبه
فيما وضع له كان التفريق تعييبا فيعود المبيع الى البايع بعيب زايد
حادث لم يكن عنده وان كان اشياء حقيقة وتقديرا وليس له ان يرد الكل
الا عند التراضي وله ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند اصحابنا
الثلثة وعند زفر والشافعي ليس له ذلك بل يردهما او يمسكهما وجه قولهما
ان في التفريق بينهما في الرد اضرارا بالبايع لما ذكرنا ان ضم الردي الى الجيد
في البيع من عادة التجار ليروج الردي بواسطة الجيد وقد يكون العيب
بالردي فيرده على البايع فيلزمه البيع في الجيد بثمن الردي وهذا اضرار
بالبايع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا ولنا ان ما ثبت له
حق الرد وجد في احدهما فكان له ان يرد احدهما وهذا لان حق الرد
انما يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة او الثابتة بمقتضى
العقد على ما بينا والسلامة فاتت في احدهما فكان له رده خاصة فلو
امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل
التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع واما قولهما يتضرر
البايع برد الردي خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضي به من جهته لان
اقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه لان الظاهر من حال المشتري
انه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه لا تمام
للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضى بالرد فكان الرد
ضررا غير مرضي به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار
الرؤية ان المشتري لا يملك رد البعض دون البعض سواء كان قبض الكل
او لم يقبض شيئا او قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيئا
واحدا او اشياء لان خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل انه
يرد من غير قضاء ولا رضى سواء كان بعد القبض او قبله ولو تمت الصفقة

(هامش) اذا كان المبيع اشياء حقيقية وتفرد برد المعيب خاصة بعد القبض
(هامش) تفريق الصفقة بعد التمام بالقبض لا يضر
(هامش) خيار الشرط والرؤية لا يملك رد البعض
(هامش) ولا يحتاج فيهما الى قضاء ولا الى رضا

لما احتمل الرد الا بقضاء القاضي او التراضي دل ان هذا الخيار يمنع تمام
الصفقة ولا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام وهاهنا بخلافه ولو قال
المشتري انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله امسك
المعيب دلالة الرضا بالمعيب وانه يمنع الرجوع بالنقصان وكذلك
لو كان المبيع اشياء فوجد بالكل عيبا فاراد رد البعض دون البعض
ان المردود ان كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده كالعبدين
والثوبين فله ذلك لانه اذا امسك البعض فقد رضي بعيبه فبطل
حق الرد فيه لانه تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة
بالعقد فيه فصار كانه صحيحا في الاصل ووجد بالاخر عيبا فرده
وان كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين
والنعلين ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعييب ولو
اشترى عبدين فوجد باحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم
بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المعيب
مع العلم بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به
عند القبض كالرضا به عند العقد ولو رضي به عند العقد يسقط خياره
ولزماه جميعا كذا هذا ولو قبض الصحيح منهما ولو كانا معيبين فقبض
احدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض بعض
المعقود عليه وانما تتم بقبض الكل فلو لزمه العقد في المقبوض دون
الاخر لتفرقت الصفقة على البايع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام
باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فبقي له الخيار على
ما كان والله اعلم واما الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل
القبض ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق لانه تبين ان ذلك
القدر لم يكن ملك البايع ولم توجد الاجازة من المالك فبطل وللمشتري الخيار

(هامش) قبض المعيب مع العلم بالعيب رضا
(هامش) مسائل الاستحقاق في البعض

في الباقي ان شاء رضي به بحصته من وان شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه
يوجب العيب في الباقي او لا يوجب لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت
الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض
وذلك يوجب الخيار وكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض
دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض او
على غير المقبوض وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق
لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بان
كان المعقود عليه شيئا واحدا حقيقة وتقديرا كالدار والكرم والارض
والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي ان شاء رضي به بحصته من
الثمن وان شاء رد لان الشركة في الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود
شيئين من حيث الصورة شيئا واحدا من حيث المعنى فاستحق احدهما فله
الخيار في الباقي وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي
بان كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق احدهما
او كان صبرة حنطة او حمله وزني فاستحق بعضه فانه يلزم المشتري الباقي
بحصته من الثمن لانه لا ضرر في تبعيضه فلم يكن له خيار الرد والله اعلم

ف بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع

واما بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام في حق
الرجوع بالنقصان في موضعين احدهما في بيان شرائط ثبوت حق الرجوع
والثاني في بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل اما الشرائط

لثبوت حق الرجوع بالنقصان الواجب بسبب العيب

فمنها امتناع الرد وتعذره فلا يثبت (اي حق الرجوع) مع امكان الرد حتى لو وجد به عيبا
ثم اراد المشتري المبيع مع امكان رده على البايع ويرجع بالنقصان ليس
له ذلك لان حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الاصل
تمنع المصير الى الخلف ولان امساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة
الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد ومنها

اما من شرائط ثبوت حق الرجوع بنقصان العيب

ان يكون امتناع الرد لا من قبل المشتري فان كان من قبله لا يرجع
بالنقصان لانه يصير حابسا المبيع بفعله ممتنعا عن الرد وهذا يوجب
بطلان الحق اصلا وراسا وعلى هذا يخرج ما اذا هلك المبيع او انتقص
بآفة سماوية او بفعل المشتري ثم علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد
في الهلاك لضرورة فوات المحل وفي النقصان لامر يرجع الى البايع وهو
دفع ضرر زائد يلحقه بالرد الا ترى ان للبايع ان يقول انا اقبله مع النقصان
فادفع اليك جميع الثمن واذا كان امتناع الرد لامر يرجع اليه وهو
لزوم الضرر اياه بالرد فاذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع
الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وسواء كان النقصان يرجع الى
الذات بفوات جزء من العين او لا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية
ثيبا فوطئها المشتري او قبلها لشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لا
من قبل المشتري بل من قبل البايع الا ترى ان له ان يقبلها موطوءة ولو كان
لها زوج عند البايع فوطئها زوجها في يد المشتري فان كان زوجها
قد وطئها في يد البايع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطء لا يمنع الرد وامكان
الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطاها عند البايع فوطئها عند
المشتري فان كانت بكرا يرجع بالنقصان لان وطء البكر يمنع الرد بالعيب
لانه يوجب نقصان العين بازالة العذرة والامتناع هاهنا ليس لمعنى
من قبل المشتري بل من قبل البايع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كان
ثيبا لم يذكر في الاصل انه يمنع الرد ام لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان
مع امكان الرد وكذا لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا بان اعطى
له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه او حنطة فطحنها
او دقيقا فخبزه او لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في
هذه المواضع من قبل البايع ولو حدثت في المبيع او بسببه زيادة مانعة

من الرد كالولد واللبن والثمر والارش والعقر يرجع بالنقصان
لان امتناع الرد هاهنا لا من قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا
فيما تقدم انه لو رد الاصل دون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا
بلا ثمن وهذا تفسير الربا في متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقا
للشرع ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضى بالرد لان الحرمة الثابتة حقا
للشرع لا تسقط برضى العبد فاذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الى
الشرع لا الى المشتري بقي حق المشتري في وصف السلامة واجب الرعاية
فكان له ان يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كانت الزيادة المانعة سمنا
او غسلا له بسويق او عصفرا او زعفرانا صبغ به الثوب او بناء على
الارض يرجع بالنقصان لان التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل
البائع بل من قبل الشرع الا ترى انه ليس للبائع ان يقول انا اخذه كذلك
وتعذر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه
المشتري او وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد
هاهنا من قبل المشتري لانه بالبيع صار ممسكا عن الرد لان المشتري
قام مقامه فصار مبطلا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشيء وكذلك لو
كاتبه لانها توجب صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة ممسكا له عن
الرد فاشبه البيع وكذلك لو اعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان الاعتاق
على مال في حق المعتق في معنى البيع لانه اخذ العوض بمقابلته والبيع يمنع
الرجوع بالنقصان كذا هذا وروي عن ابي يوسف انه لا يمنع ولو
اعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس ان لا يرجع وهو قول الشافعي
وفي الاستحسان يرجع وجه القياس ان الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق
فاشبه البيع والكتابة وجه الاستحسان ان تعذر الرد هاهنا ليس من
قبل المشتري لان الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك ينتهي عند الاعتاق

ان الاصل في الآدمي الحرية وشرع الملك فيه بعارض الكفر

وهذا لان الاصل في الآدمي عدم الملك والمالية اذ الاصل فيه ان يكون حرا
لان الناس كلهم اولاد آدم وحوا عليهما السلام والمتولد من الحر يكون
حرا الا ان الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر موقتا الى
غاية الاعتاق والموقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية فينتهي
الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما لو انتهى بالموت وبه تبين ان الاعتاق
ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما اخذ العوض فقد اقام المشتري مقام
نفسه فكانه استبقاه على ملكه فصار حابسا اياه بفعله ممسكا عن الرد
فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره او استولدها ثم وجد به عيبا يرجع
بالنقصان لان الرد لم يمتنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع ولو قتله المشتري
لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يرجع لان
المقتول ميت باجله فتنتهي حياته عند القتل كما تنتهي عند الموت
فصار كما لو مات حتف انفه وهناك يرجع بالنقصان كذا هاهنا وجه
ظاهر الرواية ان فوات الحياة ان لم يكن اثر فعل القاتل حقيقة فهو
اثر فعله عادة فجعل في حق القاتل كانه تفويت الحياة حقيقة وازالة
وان كان انتهى حقيقة كالاعتاق على مال انه الحق بالبيع في حق المعتق
وان لم يكن كذلك في حق العبد فصار حابسا العبد بصنعه ممسكا ولو
كان المبيع طعاما فاكله المشتري او ثوبا فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان
في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يرجع وجه قولهما ان
اكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع له وانه انتفاع لا
اتلاف بخلاف القتل فانه ازالة الحياة في حق القاتل فكان حبسا وامساكا
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المشتري باكل الطعام ولبس الثوب
اخرجهما عن ملكه حقيقة اذ الملك فيهما يثبت مطلقا لا موقتا بخلاف العبد
فاشبه القتل ولو استهلك الطعام او الثوب بسبب آخر وراء الاكل واللبس

ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان استهلاكه حصل في غير ذلك
الوجه ابطال محض فيشبه القتل ولو اكل بعض الطعام ثم وجد به عيبا
ليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الطعام كله شي واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل
المشتري فيبطل حقه اصلا في الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام
دون بعض وروي عن ابي يوسف انه قال يرد الباقي ويرجع بارش اكل
الماكول والباقي الا اذا رضي البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وروي
عن محمد انه قال انه يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما اكل لانه ليس في
تبعيض الطعام فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس للبايع ان يمتنع
عن ذلك وبه كان يفتي الفقيه ابو جعفر وهو اختيار الفقيه ابي الليث
رحمهما الله تعالى ولو باع بعض الطعام دون البعض لم يرد الباقي ولا يرجع
بالنقصان عند اصحابنا الثلثة وعند زفر يرد الباقي ويرجع بالنقصان
الا اذا رضي البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وجه قول زفر ان امتناع
الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع وانه وجد في البعض دون البعض
فيمتنع في البعض دون البعض لان الاصل ان يكون الامتناع بقدر المانع ولنا
ما ذكرنا ان الطعام كله شي واحد كالعبد فالامتناع في البعض لمعنى
من قبل المشتري يوجب الامتناع في الكل ولو كان المبيع دارا فبناها
مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا فقد اخرجها
عن ملكه فصار كما لو باعها ولو اشترى ثوبا وكفن به ميتا ثم اطلع على
عيب به فان كان المشتري وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع
بالنقصان لان الملك في الكفن لم يثبت للمشتري وانما يثبت للميت لان الكفن
من الحوايج الاصلية للميت وقد امتنع رده بالعيب لا من قبل المشتري
فكان له ان يرجع بالنقصان وان كان المشتري اجنبيا فتبرع بالكفن لم يرجع

بالنقصان لان الملك في المشترا وقع له فاذا كفن به فقد اخرجه عن ملكه
بالتكفين فاشبه البيع والله اعلم ومنها عدم وصول عوض المبيع الى
المشتري مع تعذر الرد في ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بان قتله
اجنبي في يده خطا لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده على البايع وروي
عن ابي يوسف ومحمد انه يرجع بالنقصان لانه لم يصل اليه حصة العيب
وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان له ان يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب
ظاهر الرواية لانه لما وصل اليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكانها
قايمة في يده لما وصل اليه عوضه فصار كانه باعه ولو باعه المشتري ثم
اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ومنها عدم الرضا بالعيب
صريحا ودلالة وهي ان يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على
الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا وقد ذكرنا
التصرفات التي هي دليل الرضى بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم ولو لم
يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا
يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة لانعدام دلالة
الرضا وفي الكتابة يرجع لانها في معنى البيع على ما مر وان كان التصرف
مما يخرج السلعة كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا على مال
استحسانا على ما ذكرنا فيما تقدم واما بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد
ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل
ثبوته وما لا يبطل فحق الرجوع يبطل بصريح الابطال وما يجري مجرى
الصريح نحو قوله ابطلته او اسقطته او ابرأتك عنه وما يجري هذا المجرى
لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهي السلامة المشروطة
في العقد دلالة بخلاف خيار الرؤية والانسان يستبد من التصرف في حقه
استيفاء واسقاطا ويسقط ايضا بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح وما
يجري مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو ان يقول رضيت بالعيب الذي به او

اخرجت البيع او اجرت البيع وما جرى مجراه والدلالة هي ان يتصرف في
المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع
في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف
فيه تصرفا اخرجه عن ملكه بان باعه او وهب وسلم او اعتق او
استولد او دبر مع العلم بالعيب لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب
دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع
ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالولد
وغيره او الحاصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالارش والعقر والزيادة
المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا اخرجه عن ملكه
لا يبطل حق الرجوع بالارش بل يبقى الارش على حاله لان التصرف في هذه
الصورة لم يقع دلالة على الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتا
قبله الا ترى انه ليس للبايع خيار الاسترداد ان يقول انا اقبله كذلك
مع العيب وارد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعا قبل التصرف
لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون دليل الرضا فبقي الارش
واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعا
حتما الا ترى ان للبايع ان يقبله ناقصا مع العيب فكان المشتري بتصرفه
مفوتا على نفسه حق الرد فكان حابسا المبيع بفعله ممسكا اياه عن الرد
وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل في هذا
الباب ان وجوب الارش اذا لم يكن ثابتا على سبيل الحتم والالزام بل كان للبايع
خيار الاسترداد مع العيب فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفا مخرجا عن
الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بان لم يكن للبايع
خيار الاسترداد مع العيب فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفا مخرجا عن
الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بان لم يكن للبايع

خيار الاسترداد فتصرف المشتري لا يبطل الارش ووجه الفرق بين
في طريق معرفة نقصان العيب
الفصلين على نحو ما بينا والله اعلم واما بيان طريق معرفة نقصان
العيب وطريقه ان تقوم السلعة وليس بها ذلك العيب وتقوم وبها
ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بايعه قدر ما نقصه
العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا
فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بايعه بعشر الثمن وان
كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثاله اذا اشترى ثوبا قيمته عشرة
بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بايعه
بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوبا قيمته عشرون بعشرة فاطلع على
عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على البايع بعشر
الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين
والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بايعه بعشر
في خيار الرؤية
الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله اعلم واما الخيار
الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية والكلام فيه في مواضع في
خيار الرويه
بيان شرعيته البيع الذي فيه خيار الرؤية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه
وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية
ثبوته وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا
يسقط ولا يلزم اما الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه واما
صفته فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام
الصفقة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى
شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولان جهالة الوصف تؤثر في الرضا
فتوجب خللا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولان من الجائز
اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك فيثبت له

الخيار لامكان التدارك عند الندم نظرا له كما يثبت خيار الرجعة
شرعا نظرا للزوج تمكينا له من التدارك عند الندم كما قال تعالى لا
تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا واما بيع ما لم ير البايع فهل
يلزم روي ان ابا حنيفة اولا كان يقول يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع
وقال لا يثبت له الخيار وجه قوله الاول ان ما يثبت له الخيار
في شرا ما لم ير المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع
ما لم ير البايع فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودا هاهنا دلالة
وجه قوله الاخر ما روي ان عثمن باع ارضا له من طلحة بن عبيد الله
رضي الله عنهما ولم يكونا راياها فقيل لعثمن رضي الله عنه غبنت فقال لي
الخيار لاني بعت ما لم اره وقيل لطلحة رضي الله عنه مثل ذلك فقال لي
الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار
لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم
فكان اجماعا منهم على ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد لان
المشتري ما لم يره يشتري على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري
شي على انه جيد فاذا هو ردي فله الخيار وبايع ما لم يره يبيع على انه
ادون مما ظنه فيكون بمنزلة بايع شي على انه ردي فاذا هو جيد ومن
باع شيا على انه ردي فاذا هو جيد لا خيار للبايع فهذا افترقا والله اعلم
واما حكمه فحكم البيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في
المبيع وثبوت الملك للبايع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقا
عن شرط فكان ينبغي ان يلزم الا انه ثبت الخيار شرعا لا شرطا بخلاف البيع
بشرط الخيار لان الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فاثر في الركن بالمنع
من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله اعلم واما شرائط ثبوت الخيار
فمنها ان يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت

فيه

يلزم

حكمه

شرائط ثبوت الخيار

فيه الخيار حتى انهما لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو
تبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عينا بدين فللمشتري
الخيار ولا خيار للبايع وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان مما لا يتعين
بالتعيين لا ينفسخ العقد برده لانه اذا لم يتعين بالعقد لا يتعين للفسخ فيبقى
العقد وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله واذا قبض يرده
هكذا الى ما لا يتناهى فلم يكن الرد مفيدا بخلاف ما اذا كان عينا لان
العقد ينفسخ برده لانه يتعين في العقد فيتعين في الفسخ ايضا فكان الرد
مفيدا ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا
يملك بالعقد وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا يثبت خيار الرؤية
في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لان هذه العقود
تنفسخ برد هذه الاشيا فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر وبدل الخلع
والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه
الاموال فصار الاصل ان كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار
الرؤية وما لا فلا والفقه ما ذكرنا والله اعلم ومنها عدم الرؤية فان
اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبرامه لان
ركن العقد وجد مطلقا عن شرط الا انا عرفنا ثبوت الخيار مطلقا
شرعا بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري بقوله صلى الله عليه وسلم
من اشترى شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه فبقي الخيار عند الرؤية معينا
على الاصل وان كان المشتري لم يره وقت الشرا ولكن كان قد راه قبل ذلك
نظر في ذلك ان كان المبيع وقت الشرا على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار
له لان الخيار ثبت معدولا به عن النص الوارد في شرا ما لم يره وهذا اشترى
شيا قد راه فلا يثبت له الخيار وان كان قد تغير عن حاله فله الخيار لانه
اذا تغير عن حاله فقد صار شيا اخر فكان مشتريا شيا لم يره فله الخيار اذا

خيار الرؤية يثبت في الاجارة والصلح والقسمة

اختلفا في التغير

اذا راه ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البايع لم يتغير وقال المشتري
قد تغير فالقول قول البايع لان الاصل عدم التغير والتغير عارض فكان
البايع متمسكا بالاصل والمشتري مدعيا امرا عارضا فكان القول قول
البايع لكن مع يمينه لان حق الرد امر يجري فيه البدل والاقرار فيجري فيه
الاستحلاف ولان المشتري بدعوى التغير يدعي حق الرد والبايع ينكر فكان
القول قول المنكر ولو اختلفا فقال البايع للمشتري رايته وقت الشرا
وقال المشتري لم اره فالقول قول المشتري لان عدم الرؤية اصل والرؤية
عارضة فكان الظاهر شاهدا للمشتري فالقول قوله مع يمينه ولان البايع
بدعوى الرؤية يدعي عليه لزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله

اختلفا في نفس المبيع

ولو اراد المشتري الرد فاختلفا فقال البايع ليس هذا الذي بعتك وقال
المشتري هو ذاك بعينه فالقول قوله وكذلك هذا في خيار الشرط بخلاف
خيار العيب فان القول فيه قول البايع ووجه الفرق ان المشتري في خيار الرؤية
والشرط بقوله هذا مالك لا يدعي ثبوت حق الرد عليه لان حق الرد ثابت له
حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعي ان هذا هو الذي قبضه منه
فكان اختلافهما في الحقيقة راجعا الى المقبوض والاختلاف متى وقع في
تفسير المقبوض كان القول فيه قول القابض وان كان قبضه بغير حق كقبض
الغصب ففي القبض بحق اولى بخلاف العيب لان المشتري لا ينفرد بالرد في خيار

في العيب لا يملك الرد الا بقضا القاضي او بالتراضي

العيب الا ترى انه لا يملك الرد الا بقضا القاضي او التراضي فكان هو بقوله
هذا مالك بعينه مدعيا حق الرد في هذا المعين والبايع ينكر حق الرد
فيه فكان القول قوله هذا اذا كان المشتري بصيرا فاما اذا كان اعمى فشرط

ما يبطل خيار الرؤية في حق الاعمى

ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف
فيما يوصف وقت الشرا الا ان هذه الاشيا في حقه بمنزلة الرؤية في
حق البصير فكان انعدامها شرطا لثبوت الخيار له فان وجد منه شي وقت الشرا

فاشتراه

فاشتراه فلا خيار له وكذا اذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار
له لان وجود شي من ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجوده عند العقد
كالرؤية في حق البصير بان راه قبل القبض ثم قبضه لان كل ذلك دلالة
الرضا بلزوم العقد على ما نذكره ان شا الله تعالى هذا الذي ذكرنا

اذا راى البعض

اذا راى المشتري كل المبيع وقت الشرا فاما اذا راى بعضه دون
البعض فجملة الكلام في جنس هذه المسايل ان المبيع لا يخلوا اما ان يكون
شيا واحدا واما ان يكون اشيا فان كان شيا واحدا فراى بعضه لا يخلوا
اما ان كان ما راه منه مقصودا وما لم يره منه تبعا واما ان كان كل
واحد منهما مقصودا بنفسه فان كان ما لم يره تبعا لما راه فلا خيار له
سوا كان رؤية ما راه تفيد العلم بحال ما لم يره او لا تفيد لان حكم التبع حكم
الاصل فكان رؤية الاصل رؤية التبع وان كان مقصودا بنفسه ينظر
في ذلك ان كان رؤية ما راى تفيد له العلم بحال ما لم يره لا خيار له لان
المقصود العلم بحال الباقي فكانه راى الكل وان كان لا يفيد له العلم
بحال الباقي فله الخيار لان المقصود لم يحصل بدونه ما راى فكانه لم ير منه
شيا اصلا فعلى هذا الاصل تخرج المسايل اذا اشترى عبدا او جارية

رؤية الوجه كافية

فراى وجهه دون ساير اعضايه فلا خيار له وان كانت رؤية الوجه
لا تفيد له العلم بما راه لان الوجه اصل في الرؤية في بني ادم وساير الاعضا
تبع له فيها ولو راى ساير اعضايه دون الوجه فله الخيار لان رؤية
التبع لا تكون رؤية الاصل فكانه لم ير شيا منه ولو اشترى فرسا او بغلا
او حمارا او نحو ذلك فراى وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد انه يسقط
خياره وسوى بينه وبين الرقيق وروي عن ابي يوسف ان له الخيار ما لم ير وجهه
ومؤخره وهو الصحيح لان الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود في
الرؤية في هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره وان اشترى شاة فان كانت

نجده حلوبا اشتراها للعقبة لا بد من النظر الى ضرعها وان اشترى شاة
للحم لا بد من الجس حتى لو راها من بعيد فهو على خياره لان اللحم مقصود
من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والروية من بعيد لا يفيد العلم
بهذين المقصودين والله اعلم واما البسط فان كان مما يختلف وجهه
وظهره فراى وجهه دون ظهرها كالمعافر ونحوها لا خيار له ولو راى الظهر
دون الوجه فله الخيار كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ولو
اشترى ثوبا واحدا فراى ظاهره مطويا ولم ينشره فان كان ساذجا
فليس بمنقش ولا بذي علم لا خيار له لان رؤية ظاهره مطويا يفيد العلم
بالباقي وان كان منقشا فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لان النقش
في الثوب المنقش مقصود وان لم يكن منقشا ولكنه ذو علم فراى علمه فلا خيار
له وان لم ير كله ولو راى كله لا علمه فله الخيار لان العلم في الثوب المعلم
مقصود كالنقش في المنقش ولو اشترى دارا وراى خارجها او بستانا فراى
خارجه ورؤس الاشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الدار
شيء واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض رؤية الكل الا ان مشايخنا
قالوا ان هذا اماول ونا ويله ان لا يكون في داخل الدار بيوت وابنية
فيحصل المقصود برؤية الخارج فاما اذا كان من داخلها ابنية فله الخيار
ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له
بمنزلة الثوب المعلم اذا راى كله الا علمه كان على خياره لان العلم هو
المقصود منه وذكر الكرخي ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب على عادة
اهل الكوفة في زمنه فان دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البنا وكانت
على تطبيع واحد وهيئة واحدة وانما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم
به يحصل برؤية الخارج واما الان فلا بد من رؤية داخل الدار وهو الصحيح
لاختلاف الابنية في داخل الدور في زماننا اختلافا فاحشا ورؤية الخارج

لا يفيد العلم بالداخل والله اعلم هذا اذا كان المشترا شيا واحدا
فراى بعضه فاما اذا كان اشيا فراى وقت الشرا بعضها دون البعض فلا
يخلو اما ان كان من المكيلات والموزونات فراى بعضها وقت الشرا
فان كان في وعاء واحد فلا خيار له لان روية البعض فيها يفيد العلم بالباقي
فكان روية البعض كروية الكل الا اذا وجد الباقي بخلاف ما راى فيثبت
له الخيار لكن خيار العيب لا خيار الروية وان كان في وعايين فان كان الكل
من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ له
الخيار لان اختلاف الوعايين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق لا خيار له
وهو الصحيح لان روية البعض من هذا الجنس يفيد العلم بالباقي سوا كان
في وعاء واحد او وعايين بعد ان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة
واحدة فان كان من جنسين او من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف
لان روية البعض من جنس وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس اخر او على وصف
اخر وان كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب
بان اشترى جماعة عبيدا وجواري او ابلا او بقرا او قطيع غنم او جراب هروي
فراى بعضها او كلها الا واحدا فله الخيار بين ان يرد الكل او يمسك الكل
لان روية البعض من هذا الجنس لا يفيد العلم بما وراه فكانه لم ير شيا منه
بخلاف المكيل والموزون لان روية البعض منه تفيد العلم بالباقي ولو
اشترى جماعة ثياب في جراب وراى اطراف الكل وطي الكل لا خيار له
الا اذا كانت معلمة او منقشة لانها اذا لم تكن معلمة ولا منقشة لم يكن
البعض من كل واحد منها مقصودا والبعض تبعا وروية البعض تفيد
العلم بحال الباقي فكان روية البعض روية الكل كما اذا اشترى البطيخ
في الشريجة والرمان في القفة فراى البعض فله الخيار لان البعض منها ليس
تبعا للبعض بل كل واحد منها مقصود بنفسه وروية البعض فيها لا

ورؤية بعض المكيلات والموزونات

البطيخ والرمان لا بد من رؤية كله في سقوط الخيار

في خيار العيب لا لخيار الروية

ورؤية ظاهر الثوب مطويا

لا بد من رؤية داخل الدار

[illegible] لان رؤية ظاهره مطويا يفيد العلم بالباقي [illegible] فانه اذا وجد عيبا [illegible] في باطنه [illegible] ان يجد مقطوعا قطعه الفارة او انقطع بسبب اخر فله الخيار وكلامه فيما اذا وجد عيبا في الثوب كان يجد نسيجه باطنه غير متسق [illegible] او وجد [illegible] باطنه [illegible] ظاهره [illegible] الى غير ذلك [illegible]

تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة تفاوتا فاحشا فكان له الخيار
وان كان من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض
منها ذكر الكرخي ان له الخيار والحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلافها
في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان وذكر القاضي الامام الاسبيجابي في شرح
مختصر الطحاوي انه لا خيار له وهو الصحيح لان التفاوت بين صغير البيض والجوز
وكبيرها متقارب ملحق بالعدم عرفا وعادة وشرعا ولهذا الحق بالعدم
في السلم حتى جاز السلم فيها عددا عند اصحابنا الثلثة خلافا لزفر فكان
رؤية بعضه معرفا حال الباقي ويجوز ان يكون الجواب على ما ذكره الكرخي
ويفرق بين هذا وبين السلم وهو ان الجوز والبيض مما يتفاوت في الصغر
والكبر حقيقة والاصل في الحقايق اعتبارها الا ان الشرع اهدر هذا
التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة الى الاهدار
في اسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبرا برؤية البعض لا يحصل المقصود

رؤية الدهن في القارورة

وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار والله اعلم ولو اشترى دهنا في قارورة
فرأى خارج القارورة فعن محمد رحمه الله روايتان روى ابن سماعة عنه انه لا
خيار له لان الرؤية من خارج تفيد العلم بالداخل فكانه رآه وهو خارج
وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية
من الخارج لان ما في الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود

الرؤية في المرآة او الماء

من هذه الرؤية وقالوا في المشتري اذا رأى المبيع في المرآة ان له الخيار
وكذا في الماء وقالوا لانه لم ير عينه وانما رأى مثاله والصحيح انه رأى
عين المبيع لا ان غير المبيع في المرآة والمماثل يراه حيث هو لكن لا على الوجه
المعتاد لخلق الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليست
من شرط الرؤية فانا نرى الله بلا مقابلة لكن فيه لا يحصل العلم بهيئته لتفاوت
المرآة فيعلم باصله لا بهيأته فلذلك يثبت له الخيار لا لما قالوا والله اعلم

على

على ان في العرف لا يشتري الانسان شيئا لم يره ليراه في المرآة او في الماء
ولا يحصل العلم له به بهذا الطريق فلا يكون رؤيته في المرآة وان رأى عينه

راى فرج ام امرأته في المرآة او في الماء

مسقطة للخيار وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج ام امرأته في المرآة او في الماء
فنظر اليه بشهوة لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مراجعا المرأة
المطلقة طلاقا رجعيا لما قلنا ولو اشترى سمكا في دار بكر اخذ من غير
اصطياد وحيلة حتى جاز البيع فرآه في الماء ثم اخذه قال بعضهم لا خيار له

رؤية السمك في الماء

لانه رأى عين السمك في الماء وقال بعضهم له الخيار لانه ما رآه كما هو لان
الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى اكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه

وقت ثبوت الخيار

الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار واما بيان وقت ثبوت الخيار
فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو اجاز قبل الرؤية
ورضي به صريحا بان قال اجزت او رضيت او ما يجري هذا المجرى ثم رآه له
ان يرده لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اثبت الخيار للمشتري بعد
الرؤية فلو ثبت له خيار الاجازة قبل الرؤية واجاز لم يثبت له الخيار
بعد الرؤية وهذا خلاف النص ولان المعقود عليه قبل الرؤية مجهول
الوصف والرضى بالشيء قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقا

الفسخ قبل الرؤية

بالعدم واما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز
لانه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم يجز الاجازة فلا يجوز الفسخ وقال بعضهم
يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذي
فيه العيب وعقد الاعارة والايداع وقد خرج الجواب عن قولهم انه لا

كيفية ثبوت الخيار بالرؤية

خيار قبل الرؤية لان ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار وانما يثبت حكما لعدم لزوم
العقد واما بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
ان خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقا في جميع العمر الى ان يوجد ما يبطله
فيبطل حينئذ والا فيبقى على حاله ولا يتوقت بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخي

لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقي
سببه وقال بعضهم انه يثبت موقتا الى غاية امكان الفسخ بعد الروية
حتى لو راه وامكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب
المسقطة للخيار الرضى والاجازة و[الا]متناع من الفسخ بعد الامكان
دليل الاجازة والرضا والله اعلم واما بيان ما يسقط به الرضا بعد
ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق
ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم به الاصل نوعان اختياري وضروري
والاختياري نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة اما الصريح
وما في معناه فنحو ان يقول اجزت البيع او رضيت او اخترت او ما يجري
هذا المجرى سوا علم البايع بالاجازة او لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق
هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا فاذا اجاز ورضي فقد زال المانع
فيلزم واما الدلالة فهو ان يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الروية
يدل على الاجازة والرضا نحو ما اذا قبضه بعد الروية لان القبض بعد
الروية دليل الرضا بلزوم البيع لان للقبض شبها بالعقد فكان القبض
بعد الروية كالعقد بعد الروية وذلك دليل الرضى كذا هذا وسوا
قبضه بنفسه او بوكيله بالقبض بان قبضه الوكيل بالقبض وهو ينظر اليه
وكانت رويته كروية الوكيل عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي
يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رويته ولقب المسئلة
ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الروية عنده وعندهما لا يملك
واجمعوا على ان الرسول بالقبض لا يملك واجمعوا على ان الوكيل بالشرا
يملك وكانت رويته روية الموكل واجمعوا على ان الرسول بالشرا لا
يملك ولا تكون رويته روية المرسل ويثبت الخيار للمرسل اذا لم يره
وجه قولهما ان الوكيل متصرف بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يتعدى

مورد

ما يسقط به الخيار بعد ثبوته

مورد الامر وهو وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه
ولهذا لا يملك اسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا
يملك وكذا الوكيل ولابي حنيفة رحمه الله انه وكيل بالقبض لكن بقبض تام
لان الوكيل بالشي وكيل باتمام ذلك الشي ولهذا كان الوكيل بالخصومة
وكيلا بالقبض وتمام القبض باسقاط الخيار لان خيار الروية يمنع تمام القبض
ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن
قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال
الخيار مقصودا لان الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وانما يبطل
في ضمن القبض بان قبضه وهو ينظر اليه حتى لو قبضه مستورا ثم اراد
ابطال الخيار لا يملك والشي قد يثبت ضمنا لغيره وان كان لا يثبت
مقصودا كعزل الوكيل وغيره بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض
الا ترى انه يملك التفريق بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم
يكن رفعا للعقد من الاصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط
لانه ثبت للاختيار والقبض وسيلة الى الاختيار فلم يصلح القبض دليل
الرضا وخيار الروية انما يثبت لخلل في الرضا والقبض مع الروية دليل
الرضا على الكمال فاوجب بطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لانه
نايب عن القبض عن المرسل فكانه قبضه قبض المرسل فكان اتمام القبض الى
المرسل واما الوكيل فاصل في نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم فعله
فكان الاتمام الى الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف الملاك بان كان ثوبا
فقطعه او صبغه احمر او اصفر او سويقا فلته بسمن او عسل او ارضا
فبنى عليها او غرس او زرع او جارية فوطيها او لمسها بشهوة او نظر الى
فرجها عن شهوة او دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لان الاقدام
على هذه التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والملك به اذ

تصرف فيه يعني المبيع

لولم يكن وفسخ لتبين انه تصرف في ملك الغير من كل وجه او من وجه وانه
حرام فجعل ذلك اجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه
على البيع باع او لم يبع لانه لما عرضه على البيع فقد قصد اثبات الملك عرضه على البيع
اللازم للمشتري ومن ضرورته لزوم الملك له ليمكنه ايجابه لغيره
ولو عرض بعضه على البيع يسقط خياره عند ابي يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح
قول ابي يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة
الاجازة والرضا ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ثم لو صرح بالاجازة
في البعض لم يجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل
التمام فلان لا يسقط بدلالة الاجازة اولى وكذا لو وهبه وسلم او لم وهبه وسلم
يسلم لان الثابت بالهبة لا يعود اليه الا بقضاء القاضي او الرضا فكان
الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم ومقتضي لزوم الملك
للواهب وكذا اذا رهنه وسلم او اجره لان كل واحد منهما عقد رهنه وسلم او اجره
لازم في نفسه والثابت بهما حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة
عقد لازم في جانب المكاتب والثابت بها حق لازم في حقه وكذا اذا
باعه او وهبه وسلم او اعتقه او دبره او استولدها لان هذه تصرفات باعه او اعتقه
لازمة والثابت بها ملك لازم او حق لازم فالاقدام عليها يكون اجازة
والتزاما للعقد دلالة ولو باعه بشرط الخيار للمشتري فيسقط خياره
ولو باعه بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط
وهي الصحيحة لان البيع بشرط الخيار لا يكون ادنى من العرض على البيع بل
فوقه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا اولى وكذا لو اخرج بعضه
عن ملكه سقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لان رد الباقي تفريق
الصفقة على البائع قبل التمام لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه
يمنع تمام الرضا وكذا اذا انتقص المعقود عليه بفعله واما الضروري

اذا مات المشتري فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه نحو موت
المشتري عندنا خلافا للشافعي والمسألة مرت في خيار الشرط وكذا
اجازة احد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند ابي
هلاك البعض او تعيب حنيفة وقد ذكرنا المسألة في خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه او
انتقص بان تعيب بآفة سماوية او بفعل اجنبي او بفعل البائع عند
ابي حنيفة ومحمد او ازداد في يد المشتري زيادة منفصلة او متصلة
ازداد زيادة متولدة او غير متولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا
في خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط
بصريح الاسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها اما قبلها فلما ذكرنا فيما تقدم
انه لا خيار قبل الرؤية لان اوان ثبوت الخيار هو اوان الرؤية فقبل
الرؤية لا خيار واسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال واما
بعد الرؤية فلان هذا الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لان ركن
العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة وانما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان
ثابتا حقا لله تعالى فاما خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين
اما خيار الشرط فظاهر لانه منصوص عليه في العقد واما خيار العيب
فلان السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت
بصريح النص فكان ثابتا حقا للعبد وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط
باسقاطه مقصودا لان الانسان يملك التصرف في حق نفسه مقصودا
استيفاء واسقاطا فاما ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه
اسقاطا مقصودا لانه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا لكنه يحتمل السقوط
بطريق الضرورة بان يتصرف في حق نفسه ~~مقصودا لكنه يحتمل السقوط~~
~~بطريق الضرورة بان يتصرف في حق نفسه مقصودا~~ ويتضمن ذلك سقوط
حق الشرع فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه كما اذا اجاز

المشتري المبيع ورضي به بعد الرؤية نصا او دلالة بمباشرة تصرف يدل
على الرضا والاجازة لانه وان ثبت حقا للشرع لكن الشرع انما اثبته نظرا للعبد
حتى اذا راه وصلح له اجازه وان لم يصلح له رده اذ الخيار هو التخيير بين الفسخ
والاجازة فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفا في حق نفسه مقصودا
ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط
الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة بالاسقاط مقصودا ويجوز
ان يثبت الشيء بطريق الضرورة وان كان لا يثبت مقصودا كالوكيل
بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه
ينعزل الوكيل كذا هنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية او عرضه على
البيع او وهبه ولم يسلم او كان المشترى دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها
بالشفعة فهو على خياره لان هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار
قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا اولى ان لا يسقط
وانما يسقط بتعذر الفسخ بان اعتق او دبر او باع او اجر او رهن وسلم
اما الاعتاق والتدبير فلان كل واحد منهما وقع صحيحا لمصادفته محلا
مملوكا وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسخ فتعذر فسخ
البيع لتعذر فسخهما واما البيع والاجارة والرهن فلانها تصرفات لازمة
اوجب بها ملكا لازما او حقا لازما للغير على وجه لا يملك الاسترداد
فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن
في بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع او رهن او اجر ثم رد عليه
بعيب بقضاء القاضي او افتك الرهن او انقضت مدة الاجارة لا يعود الخيار
كذا روي عن ابي يوسف لان خيار الرؤية بعدما سقط لا يعود الا بسبب
جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه او وهبه وسلمه او باعه
بشرط الخيار للمشتري قبل الرؤية يلزم البيع لان هذه عقود لازمة اوجبت

باع بشرط الخيار قبل الرؤية

اعتق او دبر او باع او اجر او رهن وسلم قبل الرؤية

حقوقا لازمة اما الكتابة فلانها عقد لازم في حق المكاتب حتى لا يملك
الفسخ من غير رضا المكاتب وكذلك البيع بشرط خيار المشتري لانه لازم
في جانب البائع واما الهبة فلان الملك الثابت بها ملك لا يحتمل العود اليه
الا بقضاء او برضا فكان في معنى اللازم واذا انعدم الفسخ بسبب هذه التصرفات
وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة بخلاف
ما اذا باع بشرط الخيار له لانه ليس بتصرف لازم في حقه وكذا الهبة من
غير تسليم والعرض على البيع والله اعلم ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم
البيع برضا المشتري اذا راى كل المبيع ورضي به فاما اذا رضي به فاما
اذا راى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على النحو
الذي ذكرنا فيما اذا راى بعض المبيع دون بعض وقت الشرا فكل ما يمنع ثبوت
الخيار هناك يسقط بعد ثبوته هاهنا وما لا فلا وفيما وراء ذلك لا اختلاف
والله اعلم وعلى ذلك يخرج ما اذا اشترى مغيبا في الارض كالجزر والبصل — شرى المغيبات في الارض كالبصل ونحوه
والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الارض فقلع بعضه ورضي
بالمقلوع انه لا يسقط خياره عند ابي حنيفة رحمه الله حتى انه اذا قلع
الباقي كان على خياره ان شا رد الكل وان شا امسك الكل وقال ابو
يوسف ومحمد اذا قلع شيئا يستدل به على الباقي في عظمه ورضي به المشتري
فهو لازم له وجه قولهما انه اذا قلع شيئا يستدل به على الباقي كان رؤية
بعضه كرؤية كله فكانه قلع الكل ورضي به كما اذا اشترى صبرة وراى
ظاهرها سقط خياره كذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذه
المغيبات مما تختلف في الصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا
فرؤية البعض منها لا يفيد العلم بحال البقية فاشبه الثياب وسائر العدديات
المتفاوتة ولو قلع المشتري الكل بغير اذن البائع سقط خياره لانه نقص المعقود
عليه بالقلع لانه كان ينمو في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد

القلع لا ينموا ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المعقود عليه في يد المشتري
بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه اولى وكذا اذا قلع بعضه
بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي
فبعضه اولى وان قلع كله باذن البائع او بعضه او قلع البائع بنفسه
لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي ان لا يختلف الجواب فيه على قياس قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع
بفعل البائع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول ابي يوسف الاول
وفي قوله الاخر لا يسقط وروى بشر عن ابي يوسف ان المشتري اذا قلع
البعض باذن البائع او قلع البائع بعضه انه ينظر ان كان المغيب مما يباع
بالكيل او الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل او الوزن ورضي
به لزم البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضى
بالكل لان رؤية بعضه تعرف حال الباقي الا اذا كان المقلوع قليلا لا
يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره بقلعه لان قلعه والترك بمنزلة واحدة
فكانه لم يقلع منه شيئا وان كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوهما
فقلع بعضا منه فهو على خياره لان رؤية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقي
للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود
برؤية البعض فبقي على خياره وقال ابو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري
في القلع فقال المشتري اني اخاف لو قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال
البائع اني اخاف لو قلعته لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاحا
على ذلك فسخ القاضي العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار
لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ
والله اعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير

خيار الاعمى في المبيع

فاما الاعمى اذا اشترى شيئا وثبت له الخيار فان خياره يسقط بما ذكرنا

ما يسقط به خيار الاعمى

من الاسباب المسقطة لكن بعدما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو
الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار
والعقار والثمار على رؤوس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف على ما
وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير وروي عن الحسن
بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالرؤية ويكون رؤية الوكيل قائمة
مقام رؤيته وروى هشام عن محمد انه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيرا
لراه ثم يوصف له لان هذا اقصى ما يمكن ولو وصف له فرضي ثم ابصر لا
يعود الخيار لان الوصف في حقه كالخلف عن الرؤية لعجزه عن الاصل
وهو الرؤية والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل
حكم الخلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك ولو اشترى
البصير شيئا لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمي فهذا والاعمى عند الشراء
سواء لانه ثبت له خيار الرؤية وهو اعمى فكانت رؤيته رؤية العميان

بيان ما ينفسخ به العقد

وهي ما ذكرنا والله اعلم واما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام
في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان ما ينفسخ به العقد والثاني في
بيان شرائط صحة الفسخ اما الاول فما ينفسخ به العقد نوعان اختياري
وضروري فالاختياري هو ان يقول فسخت العقد او نقضته او رددته وما

شرائط صحة الفسخ وقد سبق شرائط جواز الفسخ

يجري هذا المجرى والضروري ان يهلك المبيع قبل القبض واما شرائط صحته
فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل
الفسخ ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع وان تضمن بان رد
بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض واجاز البيع في البعض
لم يجز سواء كان قبل قبض المعقود عليه او بعد قبضه لان خيار الرؤية يمنع تمام
الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها وانه باطل ومنها
علم البائع بالفسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف ليس بشرط

احكام البيع الفاسد

وقد ذكرنا دلايل المسألة في خيار الشرط واما قضا القاضي والتراضي
فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الروية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط
فيصح من غير قضا ولا رضا قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا
الفرق فيما تقدم والله الموفق واما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط
من شرايط الصحه وقد ذكرنا شرايط الصحة في مواضعها واما حكمه فالكلام
في حكمه يقع في ثلثة مواضع احدها في بيان اصل الحكم والثاني في بيان صفته
والثالث في بيان شرايطه اما اصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة
عندنا وقال الشافعي لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز وباطل
لا ثالث لهما والفاسد والباطل سوا وعندنا الفاسد قسم اخر ورا الجائز
والباطل وهذا على مثال ما يقول في اقسام المشروعات ان الفرض والواجب
سوا وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف في اصول الفقه وجه قوله ان
هذا بيع منهي عنه فلا يفيد الملك قياسا على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم
ودلالة الوصف ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا
الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين وروي انه نهى عن بيع وشرط وروي انه
قال لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة انههم عن اربع عن بيع ما لم يقبضوا
وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وروي انه قال لا
تبيعوا الطعام بالطعام الا سوا بسوا ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراما
والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك لان الملك نعمة والحرام لا يصلح سببا
لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا
ولنا ان هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالا بسائر البياعات
المشروعة والدليل على انه بيع ان البيع في اللغة مبادلة شي مرغوب بشي
مرغوب مالا كان او غير مال قال الله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة
بالهدى سمى مبادلة الضلالة بالهدى اشترا او تجارة فقال فما ربحت تجارتهم

مبادلة

والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله تعالى ان الله اشترى من
المومنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة سمى مبادلة الانفس والاموال
بالجنة اشترا وبيعا حيث قال في اخر الاية فاستبشروا ببيعكم الذي
بايعتم وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعا
والدليل على انه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو
قوله تعالى واحل الله البيع وقوله يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد
من النصوص في هذا الباب عاما مطلقا فمن ادعى التخصيص والتقييد
فعليه الدليل ولنا الاستدلال بدلالة الاجماع ايضا وهو انا اجمعنا
على ان البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران
هذه الشروط بالبيع ذكرا لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم اذ الموجود الملحق
بالعدم شرعا والعدم الاصلي سوا واذا التحق بالعدم بقي نفس البيع خاليا
عن المفسد والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالاجماع
وهذا استدلال قوي واما الجواب عن التعلق به ان هذا نهي عن غير
البيع لا عن عينه لوجوه ثلثة احدها ان شرعية اصل البيع وحقيقته معقول
المعنى وهو انه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وانه سبب
بقا العالم الى حين اذ لا قوام للبشر الا بالاكل والشرب والكن واللباس
ولا سبيل الى استبقا النفس بذلك الا بالاختصاص به واندفاع المنازعة
وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه او حسن اصله بالعقل
لانه يودي الى التناقض ولهذا لم يجز النهي عن الايمان بالله تعالى وشكر
النعم واصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف الى البيع
على غيره ضرورة والثاني ان سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة لكن حمله
على الغير هاهنا اولى من وجهين احدهما انه عمل بالدلايل بقدر الامكان والثاني

ان في الحمل على البيع فسخ المشروعية وفي الحمل على غيره ترك العمل
بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك ان الحمل على المجاز اولى من الحمل على
التناسخ لان الحمل على المجاز من باب فسخ الكلام وفسخ المشروعية فسخ الحكم
والحكم هو المقصود والكلام وسيلة وفسخ الوسيلة اولى من فسخ
المقصود والله اعلم واما صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها — صفة حكم البيع الفاسد
انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع
في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من يملك الفسخ وفي
بيان ما يكون فسخا وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ
بعد ثبوته اما بيان ان الثابت بهذا البيع واجب الفسخ فهو ان البيع
وان كان مشروعا في ذاته فالفساد مقترن به ذكرا ورفع الفساد
واجب ولا يمكن الا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو امكن
رفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الاجل
فاسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعا كما كان ولان اشتراط الربا او — اي امة او الربا وشرط خيار مجهول وادخال الآجال المجهولة في البيع
شرط خيار مجهول وادخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية
والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجرا عن المعصية
لانه اذا علم انه يفسخ فالظاهر انه يمتنع عن المباشرة واما بيان من يملك
الفسخ فنقول وبالله التوفيق الفساد لا يخلو اما ان كان راجعا الى البدل — بيان من يملك الفسخ للبيع الفاسد
بان باع الخمر والخنزير واما ان لم يكن راجعا اليه كالبيع بشرط منفعة زائدة
لاحد العاقدين او الى اجل مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض
واما ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ
من غير رضا الآخر كيف ما كان الفساد لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل
القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب فيملكه
كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين وان كان بعد القبض فان كان

الفساد راجعا الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سوا لان
الفساد الراجع الى البدل فساد في صلب العقد الا ترى انه لا يمكن تصحيحه
بحذف هذا المفسد بما لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قويا فيؤثر
في صلب العقد بسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا ولو
لم يكن راجعا الى البدل فقد ذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في
شرح مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافا
لان الفساد الذي لا يرجع الى البدل لا يكون قويا لكونه محتملا للحذف والاسقاط
فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق
صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسئلة فقال على قول ابي حنيفة وابي
يوسف يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد حق الفسخ لمن له شرط المنفعة
لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد
بحذف المفسد واسقاطه فلو فسخه الآخر لابطل حقه عليه وهذا لا يجوز
وجه قولهما ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في
نفسه رفعا للفساد وقوله المفسد ممكن الحذف فنعم لكنه الى ان يحذف
فهو قايم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه تبين ان الفسخ من صاحبه ليس بابطال
بيان ما يكون فسخا للبيع الفاسد — لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق قبل ثبوته محال واما بيان ما يكون فسخا
لهذا العقد ففسخه بطريق قول وفعل فالقول هو ان يقول من يملك الفسخ
فسخت او نقضته او رددته ونحو ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى
قضا القاضي ولا الى رضا البايع سوا كان قبل القبض او بعده لان هذا البيع
انما استحق الفسخ حقا لله تعالى لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد
حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخا في حق الناس كافة
فلا يقف صحته على الرضا ولا على القضا والفعل هو ان يرد المبيع على بايعه
على اي وجه ما رده ببيع او هبة او صدقة او اعارة او ايداع فان باعه

منه او رهنه او تصدق عليه او اعاره منه او اودعه اياه حتى يبرأ
المشتري عن الضمان لانه يستحق الرد على البايع فعلى اي وجه ما رده يقع
عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة انه يكون فسخا للعارية
والوديعة باي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري
من وكيل البايع وسلمه اليه لان حكم البيع يقع لموكله وهو البايع فكانه
باعه للبايع ولو باعه المشتري من عبد بايعه وهو مأذون له في التجارة
فان لم يكن عليه دين كان فسخا للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل الى
البايع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع للمولى فكان بيعا من المولى
فصار كما اذا باعه من اجنبي ولو اشترى من عبد مأذون لانسان شيئا
منه شرا فاسدا وقبضه ثم انه باعه من مولاه فان لم يكن على العبد دين
كان فسخا للبيع لانه يكون مشتريا منه لا من مولاه فكانه اشترى من اجنبي
وباعه من مولاه ولو باعه المشتري من مضارب البايع لم يكن فسخا للبيع وتقرر
الضمان على المشتري بخلاف ما اذا باعه من وكيل بايعه بالشرا انه يكون
فسخا ووجه الفرق ان الوكيل بالشرا يتصرف لموكله لا لنفسه الا ترى
ان حكم تصرفه يقع لموكله لا له فنزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما
المضارب فمتصرف لنفسه الا ترى ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الاجنبي
ولو كان البايع وكيلا لغيره بالشرا فاشترى المشترى شرا فاسدا لموكله
لم يكن فسخا للبيع لان حكم الشرا يقع لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشتري
وتقرر على المشتري ضمان القيمة ويلتقيان قصاصا لعدم الفايدة في الاستيفا
ويرد الفضل ان كان في احدهما فضل والله اعلم واما شرط صحة الفسخ
فهو ان يكون الفسخ بمحضر من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف فيه
وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي انه هذا
شرط عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف

وان كان عليه دين لا يكون فسخا للبيع صح

شرط صحة الفسخ للبيع الفاسد

في خيار الشرط والرؤية وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم واما بيان ما
يبطل به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا
يتقرر فنقول وبالله التوفيق الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح
الابطال والاسقاط بان يقول ابطلت او اسقطت او اوجبت البيع او
الزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى رفعا للفساد وما ثبت
حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على اسقاطه مقصودا كخيار الرؤية
لكن قد يسقط بطريق الضرورة بان يتصرف العبد في حق نفسه مقصودا
فيتضمن ذلك سقوط حق الله تعالى بطريق الضرورة او بفوت محل الفسخ
او غير ذلك وبيان ذلك في مسايل المشتري شرا فاسدا اذا باع المشترا
او رهنه او تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة او المثل لانه
تصرف في محل مملوك فينفذ تصرفه ولا سبيل للبايع على نقضه لانه حصل
عن تسليط منه ويطيب للمشتري الثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف
المشتري الاول انه لا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا وبين
ما اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فاخذ شيا من اموالهم بغير اذنهم
واخرجه الى دار الاسلام ثم باعه انه لا يصح بيعه لكنه لا يطيب للمشتري
كما لا يطيب للاخذ ووجه الفرق ان عدم الطيب في الماخوذ من الحربي بغير
اذنه لكونه ماخوذا على وجه الغدر والخيانة والماخوذ على هذا الوجه
واجب الرد على صاحبه رد الخيانة وبالبيع لم يخرج من استحقاق الرد
على مالكه لحصوله لا بتسليط من جهته فبقي واجب الرد كما كان وهذا
منع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب ها هنا لمكان الفاسد
به ذكرا لا حقيقة ولم يوجد ذلك في البيع الثاني وخرج من ان يكون مستحق
الرد على البايع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله اعلم ولو باعه
فرد عليه بخيار شرط او رؤية او عيب بقضا قاض وعاد على حكم الملك

بيان ما يبطل حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان

باع المشتري او رهنه او تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة او المثل

الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان رفعا للعقد من
الاصل وجعلا له كان لم يكن ولو اشتراه ثانيا او عاد اليه بسبب مبتدا
لا يعود الفسخ لان الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين
بمنزلة اختلاف العينين ولو اعتقه المشتري او دبره بطل حق الفسخ لما قلنا اعتقه بطل حق الفسخ
ولان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته
فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها
لما قلنا وتصير الجارية ام ولد للمشتري لان الاستيلاد قد صح لحصوله في
ملكه وعلى المشتري قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار كما
اذا هلكت في يده وهل يغرم العقر ذكر في البيوع انه لا يغرم وفي الشرب
روايتان والصحيح انه لا يغرم يضمن العقر لانه وطي ملك نفسه وقد تقرر
ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد ولو وطيها المشتري ولم يعلقها لا يبطل
حق الفسخ وللبائع ان يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق
بين هذا وبين الجارية الموهوبة اذا وطيها الموهوب له ولم يعلقها ثم رجع
الواهب في هبته واخذ الجارية ان الموهوب له لا يضمن العقر ووجه الفرق
ان الثابت بالهبة ملك محل للوطي وبالرجوع لم يتبين ان حل الوطي لم يكن
فكان مستمتعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسد لان الملك
الثابت به لا يظهر في حق حل الوطي فكان الوطي حراما الا انه سقط الحد
للشبهة فوجب العقر وكذلك لو كاتبه لان الكتابة قد صحت لوجودها الكتابة تبطل الفسخ
في الملك ولا سبيل للبائع الى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط البائع
فلا يكون له حق النقض عليه وعلى المشتري قيمة العبد فان ادى بدل الكتابة
وعتق تقرر على المشتري ضمان القيمة وان عجز ورد في الرق ينظر ان كان
ذلك قبل القضا بالقيمة على المشتري فللبائع ان يسترده لانه كان يستحق الرد
قبل الكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد لعارض الكتابة فان عجز

ورد

ورد في الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم
كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشتري كما كان وان كان بعد ما قضى
عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لانه بالقضا بالقيمة تقرر ملك
المشتري في العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما والملك
اللازم لا يحتمل الفسخ والله الموفق وكذلك لو رهنه المشتري بطل رهنه بطل حق الفسخ
حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشتري فهو على
التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة ولو اجره صحت الاجارة لما قلنا ولكن لا حكم اجارته واجرته
يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقدا لازما الا انها تفسخ بالعذر
ولا عذر اقوى من رفع الفساد فيفسخ به وسلمت الاجرة للمشتري لان
المنافع على اصل اصحابنا لا تتقوم الا بالعقد والعقد وجد من المشتري
فكانت الاجرة له وهل تطيب له ينظر ان كان قد ادى ضمان القيمة ثم اجر
طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قايم مقامه فكانت الاجرة ربح
ما قد ضمن وان اجر ثم ادى الضمان لا يطيب له لانها ربح ما لم يضمن ولو
اوصى به صحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الوصي حيا بعد فللبائع حق
الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حيوة الموصي بل يحتمل وان
مات بطل حقه لان الثابت الموصى له ملك جديد بخلاف الثابت للوارث موت البايع او المشتري
بان مات المشتري شرا فاسدا انه لا يبطل حق الفسخ وللبائع ان يسترد
من ورثته وكذا اذا مات البائع فلورثته ولاية الاسترداد لان الثابت
للوارث عين ما كان للمورث وانما هو خلفه قايم مقامه ولهذا يرد الوارث
بالعيب ويرد عليه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخلاف
الموصى له فان الثابت ملك جديد حصل بسبب جديد ولهذا لم يرد
بالعيب ولا يرد عليه وانه لم يكن مستحق الفسخ ولو ازداد المبيع في يد الزيادة المتصلة
المشتري فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال

فانها لا تمنع الفسخ لان هذه الزيادة تابعة للاصل حقيقة والاصل
مضمون الرد فكذلك التبع كما في الغصب وان كانت غير متولدة من الاصل
كما اذا كان المبيع سويقا فلته المشتري بسمن او عسل فانها تمنع الفسخ لانه ان فسخ اما
ان يفسخ على الاصل وحده واما ان ينفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل
الى الاول لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثاني لان الزيادة لم تدخل تحت البيع
لا اصلا ولا تبعا فلا تدخل تحت الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت
متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر لا تمنع الفسخ وللبايع ان يسترد الزيادة المنفصلة
الاصل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل لكونها متولدة منه
والاصل مضمون الرد فكذا الزيادة كما في باب الغصب وكذا لو كانت
الزيادة ارشا او عقرا لان الارش بدل جزء فايت من الاصل حقيقة
كالمتولد من الاصل والعقر بدل ما له حكم الجزء وهو العين فكانه متولد
من العين ثم في فصل الولد اذا كانت الجارية في يد المشتري فان نقصتها
الولادة وبالولد وفا بالنقصان فيجبر النقصان بالولد عند اصحابنا الثلثة
خلافا لزفر كما في الغصب ويذكر المسلة في كتاب الغصب ان شا الله تعالى
وان لم ينقصها الولادة استردها البايع ولا شي على البايع وان نقصتها
وليس بالولد وفا بالنقصان ردها مع ضمان النقصان كما في الغصب وان
هلك الولد قبل الرد لا ضمان على المشتري كما في الغصب وعليه ضمان الزيادة
نقصان الولادة كما في الغصب ولو استهلك المشتري ضمن كما في الغصب
ولو هلك المبيع والزيادة قايمة فللبايع ان يسترد الزيادة ويضمنه قيمة
المبيع وقت القبض لانهما كانا مضموني الرد الا انه تعذر استرداد المبيع
لفوات المحل فصار مضمون القيمة فبقي الولد على حاله مضمون الرد كما كان
وان كانت الزيادة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها
لا تمنع الرد وللبايع ان يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد

وبالرد

وبالرد ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها
لا تطيب له لانها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح
ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا ضمان عليه لان المبيع
بيعا فاسدا مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا اصلا ولا تبعا
اما اصلا فلانعدامها عند القبض واما تبعا فلانها ليست بتابعة حقيقة
بل هي اصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الاصل وان استهلكها
المشتري فكذلك عند ابي حنيفة لا ضمان عليه وعندهما يضمن واصل
المسلة في الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن
عنده لا يضمن وعندهما يضمن ونذكر المسلة في كتاب الغصب ان شا الله تعالى
ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قايمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان قيمة
المبيع والزيادة للمشتري بتقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما في الغصب
والفرق بين الزيادتين يذكر في الغصب ان شا الله تعالى هذا اذا زاد
اذا انتقص في يد المشتري المبيع في يد المشتري شرا فاسدا فاما اذا انتقص في يده فان كان النقصان
بافة سماوية فانه لا يمنع الاسترداد وللبايع ان ياخذه مع ارش النقصان
لان المبيع بيعا فاسدا يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد على جميع
اجزايه فصار مضمونا بجميع اجزايه والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت
لا تضمن بالعقد كما في قبض الغصب وكذلك ان كان النقصان بفعل المبيع
لان هذا والنقصان بافة سماوية سوا وان كان النقصان بفعل المشتري
فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضمونا عليه فبصنعه اولى وان
كان بفعل اجنبي فالبايع بالخيار ان شا اخذ الارش من المشتري والمشتري
يرجع به على الجاني وان شا اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كما
في الغصب لانه لما اخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك
ما ثبت بطريق التبيين الجزء من وقت البيع فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه

والاجنبي لم يملك فلا يرجع ولو قتله اجنبي فللبايع ان يضمن المشتري قيمته
حاله ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على عاقلة القاتل بقيمته في
ثلث سنين فرق هاهنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب في يد
الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان شا ضمن الغاصب قيمته حالة والغاصب
يرجع على عاقلة القاتل في ثلث سنين وان شا ضمن عاقلة القاتل قيمته
في ثلث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب ووجه الفرق ان الاجنبي جنى
على ملك المشتري لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على
ملك البايع فلا يملك البايع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك
المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقتله لا ملك له فيه فكان
القتل جناية على ملك المالك والقبض جناية على ملكه ايضا فكان له خيار
التضمين وان كان النقصان بفعل البايع لا شي على المشتري لانه صار مستردا
بفعله حتى انه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس عن البايع
يهلك على البايع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سراية جناية
البايع لا ضمان على المشتري ايضا لانه صار مستردا بفعله وان هلك لا من
سراية جناية البايع فعلى المشتري ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان
بالجناية لان استرداد ذلك القدر بجنايته ولو قتله البايع لا ضمان
على المشتري لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البايع بيرا فوقع فيه
ومات لان ذلك في معنى القتل فيصير مستردا له والله اعلم ولو كان
المبيع ثوبا فقطعه المشتري وخاطه قميصا او بطنه وحشاه بطل حق
الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل في هذا ان المشتري اذا
احدث في المبيع صنعا لو احدثه الغاصب في المغصوب لانقطع حق المالك
بطل حق الفسخ وتقرر حقه في ضمان القيمة او المثل كما اذا كان المبيع قطنا
فغزله او غزلا فنسجه او حنطة فطحنها او سمسما وعنبا فعصره او ساجة

قطع وخاط

فبني

فبني عليها او ساجة فادخلها وشواها او طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك
لان القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب الا ترى ان كل واحد منهما مضمون
الرد حال القيمة قيامه ومضمون القيمة او المثل حال هلاكه فكل ما
يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبايع هاهنا
ولو كان المبيع ثوبا فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الاحمر والاصفر ونحوهما
ذكر الكرخي انه ينقطع حق البايع عنه الى القيمة وروي عن محمد رحمه الله ان
البايع بالخيار ان شا اخذ واعطاه ما زاد الصبغ فيه وان شا ضمنه قيمته
وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب في
الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شا اخذ الثوب واعطا الغاصب ما زاد
الصبغ فيه وان شا ضمنه قيمته فكذا هذا والله اعلم ولو كان
المبيع ارضا فبنى عليها بطل حق الفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري
ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل وينقض البنا وجه قولهما ان
هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البنا فكذا هاهنا
ولان البنا ينقض لحق الشفيع بالاجماع وحق البايع فوق حق الشفيع بدليل
ان الشفيع لا ياخذ الا بقضا والبايع ياخذ من غير قضا ولا رضا فلما نقض لحق
الشفيع فلحق البايع اولى وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لو ثبت للبايع
حق الاسترداد لكان لا يخلو اما ان يسترده او بدون البنا لا سبيل الى
الثاني لانه لا يمكن ولا سبيل الى الاول لان البنا من المشتري تصرف حصل
بتسليط البايع وانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف
الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط على البنا وكذا لا يمنعان
نقض البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد
التسليط على البنا وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة ومنها ان الثابت بالبيع
الفاسد ملك مضمون بالقيمة او بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لان

فعل فيه فعلا لانقطع به حق المالك في الغصب

صبغه احمر

بنى في الارض

البنا ينقض لحق الشفيع

ومن صفات حكم البيع الفاسد

القيمة هي الموجب الاصلي في البياعات لانها هي مثل المبيع في المالية الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب المصير الى الموجب الاصلي خصوصا اذا كان الفساد من قبل المسمى لان التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كانه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعا بقيمة المبيع لان البيع مبادلة المال بالمال فاذا لم يذكر البدل صريحا صارت القيمة او المثل مذكورا دلالة فكان بيعا بقيمة المبيع او بمثله ان كان من قبيل الامثال ومنها ان يفيد الملك بعيد المشتري اطلاق (اي ومن صفات حكم البيع الفاسد) تصرف ليس فيه انتفاعا بعين المملوك بلا خلاف بين اصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاعا بعين المبيع واما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كاكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزا عن تقرير الفساد بالتسليم على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشترى دارا لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشتري لان حق البايع لم ينقطع والشفعة انما تجب بانقطاع حق البايع لا بثبوت الملك للمشتري الا ترى من اقر ببيع دار من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشتري لانقطاع حق البايع باقراره وهاهنا حق البايع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراه شرا فاسدا تثبت الشفعة لان هذا الشرا صحيح فيوجب انقطاع حق البايع فتثبت الشفعة والله اعلم ولو وطي الجارية المشتراه شرا فاسدا فان لم يعلقها فلا حد عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد

التصرف الذي فيه انتفاع بعين المبيع لا يحل للمشتري

لا تثبت الشفعة في البيع الفاسد

وطي جارية الشرا الفاسد لا حد عليه

فعليه

فعليه العقر وان اعلقها وضمن قيمة الجارية ففي وجوب العقر روايتان على ما ذكرنا واما شرايطه فاثنان احدهما القبض فلا يثبت الملك قبل (الحاشية شرايط ثبوت الملك للمشتري في البيع الفاسد) القبض لانه واجب الفسخ رفعا للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرير الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البايع تسليمه الى المشتري وفي التسليم تقرير الفساد وايجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثاني ان يكون القبض باذن البايع فان قبض بغير اذنه اصلا لا يثبت الملك بان نهاه عن القبض او قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينهه ولا اذن له بالقبض صريحا فقبضه بحضرة البايع ذكر في الزيادات انه يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة انه لا يثبت وجه رواية الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك اذنا منه في القبض دلالة لان العقد السابق دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على القبض فكان دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة كما في باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه كذا هاهنا وجه الرواية المشهورة ان الاذن بالقبض لم يوجد نصا ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا ان في القبض تقرير الفساد فكان الاذن بالقبض اذنا بما فيه تقرير الفساد ولا يمكن اثباته بطريق الدلالة وبه تبين ان العقد الفاسد لا يقع تسليطا على القبض لوجود المانع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة لان هناك لا مانع من القبض فامكن اثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قايما وانما شرط المجلس لان القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول والله اعلم واما البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرايط الانعقاد من الاهلية والمحلية وغيرهما وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع اصلا لان الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة لان التصرف الشرعي لا

في شرايط ثبوت الملك للمشتري في البيع الفاسد

احكام البيع الباطل

في الاشياء التي بيعها باطل

وجود له بدون الاهلية والمحلية شرعا كما لا وجود للتصرف الحقيقي
الا من الاهل في المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول
وبيع الملاقيح والمضامين وكل ما ليس بمال وكذا بيع صيد الحرم والاحرام
لانه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع ام الولد
والمدبر والمكاتب والمستسعى لان ام الولد حرة من وجه وكذا المدبر
فلم يكن ما لا مطلقا والمكاتب حر يدا فلم يكن مالا على الاطلاق والمستسعى
عند ابي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير

في بيع الخنزير من المسلم باطل

في حكم بيع الخمر

من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلم وكذا بيع الخمر لانها ليست متقومة
في حق المسلم لان الشرع اسقط تقومها في حق المسلمين حيث اهانها عليهم
فيبطل ولا ينعقد لانه لو انعقد اما ان ينعقد بالمسمى واما ان ينعقد بالقيمة
لا سبيل الى الاول لان التسمية لم تصح ولا سبيل الى الثاني لانه لا قيمة له اذ
التقوم يبنى على العزة والشرع اهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد
بقيمته ولا قيمة له واذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل
في بيع الخمر تفصيلا فقال ان كان الثمن دينا بان باعها بدراهم فالبيع
باطل وان كان عينا بان باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب
وينعقد بقيمة الثوب لان مقصود العاقدين ليس هو تمليك الخمر وتملكها
لانها لا تصلح للتمليك والتملك في حق المسلم مقصودا بل تمليك الثوب
وتملكه لان الثوب تصلح مقصودا بالتملك والتمليك فالتسمية
ان لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب ولا مقابل له فيصير كان المشتري
باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا
لان الثمن يكون في الذمة وما في الذمة لا يكون مقصودا بنفسه بل يكون
وسيلة الى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل اصلا
واما بيع العبد بالخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لان

في بيع العبد بالخمر والخنزير يفسد وينعقد بقيمة العبد

الاصوب في التعليل ان يقال لان مقصود العاقدين التمليك والتملك

الخمر مال في حقنا لكن لا قيمة لها شرعا

العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير في حق اهل الذمة والخمر مال في
حقنا الا انه لا قيمة لها شرعا فاذا جعل الخمر والخنزير ثمنا فقد ذكر
ما هو مال وكون الثمن مالا في الجملة او مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا
يؤخذ مجانا بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لان البيع مبادلة المال بالمال
او مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب الا ان كون المعقود عليه متقوما
شرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد بالمدبر وام الولد والمكاتب
والمستسعى لان هذه الاموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد
بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما يرعى ابله في ارضه من الكلا او بما يشرب
من ماء بيره لان المذكور ثمنا مال متقوم الا انه مباح غير مملوك وكذا
هو مجهول ايضا فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا
في بيع العبد بالميتة والدم قال عامتهم يبطل وقال بعضهم يفسد والاصح
انه يبطل لان المسمى مما ليس بمال اصلا وكون الثمن مالا في الجملة شرط
الانعقاد وكذا اختلفوا فيما اذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه
ذهب الكرخي من اصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما لو باع وسكت
عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم اذا
باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع فقبض المشتري المال باذن البائع هل
يكون مضمونا عليه او يكون امانة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون
امانة لانه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى فالتحق
العقد بالعدم وبقي اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون مضمونا عليه لان المقبوض
على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم العقد وذلك مضمون
فهذا اولى واما البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير اذن صاحبه وهو
المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الاجازة والرد من
المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا ان يكون التوقف حكما شرعيا وقد

احكام بيع الفضولي المسمى بالبيع الموقوف

احكام الاقالة

اركان الاقالة

ذكرنا حكم تصرفات الفضولي ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله الموفق • واما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول وبالله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه احد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه احد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو كل حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار والكلام في الاقالة في مواضع في بيان ركن الاقالة وفي بيان ماهية الاقالة وفي بيان شرائط صحة الاقالة وفي بيان حكم الاقالة اما ركنها فهو الايجاب من احد العاقدين والقبول من الاخر فاذا وجد الايجاب من احدهما والقبول من الاخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول احدهما اقلت ويقول الاخر قبلت او رضيت او هويت ونحو ذلك وهل ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وعن الاخر عن الاستقبال بان قال احدهما لصاحبه اقلني فيقول اقلتك او قال له جئتك لتقيلني فقال اقلت قال ابو حنيفة وابو يوسف ينعقد كما في النكاح وقال محمد لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع وجه قوله ان ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذا ركن الاقالة ولهما الفرق بين الاقالة وبين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتادة فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجابا بخلاف الاقالة لانه هناك لا يمكن حمل اللفظة على حقيقتها لان المساومة فيها ليست بمعتادة فتحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا واما ماهية الاقالة وعملها فقد اختلف اصحابنا في ماهيتها قال ابو حنيفة رحمه الله الاقالة فسخ

الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث

في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض او بعده وروي عن ابي يوسف انها فسخ قبل القبض بيع بعده وقال ابو يوسف رحمه الله انها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما الا ان لا يمكن ان تجعل بيعا فتجعل فسخا وقال محمد انها فسخ الا ان لا يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا للضرورة وقال زفر رحمه الله انها فسخ في حق الناس كافة وجه قول زفر ان الاقالة في اللغة عبارة عن الرفع يقال في الدعاء اللهم اقل عثرتي اي ارفعها وفي الحديث من اقال نادما اقاله الله عثراته يوم القيامة وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا في حد والاصل ان معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة ورفع العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسما فيختلفان حكما هذا هو الاصل واذا كانت رفعا لا تكون بيعا لان البيع اثبات والبيع رفع وبينهما تناف فكانت الاقالة على هذا التقرير فسخا محضا فتظهر في حق الناس كافة وجه قول محمد ان الاصل فيها الفسخ لما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا للضرورة وجه قول ابي يوسف ان معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو اخذ بدل واعطاء بدل وقد وجد فكانت الاقالة بيعا معنى لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة ولهذا اعطي حكم البيع في كثير من الاحكام على ما نذكر وكذا اعتبر بيعا في حق الثالث عند ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة في تقرير معنى الفسخ ما ذكرناه لزفر انه رفع لغة وشرعا ورفع الشيء فسخه واما تقرير معنى البيع فيه فما ذكرنا لابي يوسف ان كل واحد منهما ياخذ راس ماله ببدل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي فاظهرناه في حق الثالث فجعل فسخا في حقهما بيعا في حق ثالث وهذا ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع ان يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه معصية من وجه

فمن شخصين اولى والدليل عليه انها لا يصح من غير تسمية الثمن ولا صحة للبيع من
غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف اذا تقايلا ولم يسميا الثمن الاول او
سميا زيادة على الثمن الاول او انقص من الثمن الاول او سميا جنسا اخر سوى
الجنس الاول قل او كثر او اجلا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول
في قول ابي حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة والنقصان والاجل والجنس
الاخر باطلة سوى كانت الاقالة قبل القبض او بعدها والمبيع منقول
او غير منقول لانها فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع
بالثمن الاول فيكون فسخه بالثمن الاول ضرورة لانه فسخ ذلك
العقد وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبين ما بعده وبين المنقول
وغير المنقول ويبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الاخر والاجل
وبقي الاقالة صحيحة لان اطلاق هذه الاشياء لا يؤثر في الاقالة لان الاقالة
لا يبطلها الشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط الفاسد انما
يؤثر في البيع لانه يمكن الربا فيه والاقالة رفع البيع فلا يتصور يمكن
الربا فيه فهو الفرق بينهما وفي قول ابي يوسف رحمه الله ان كان بعد
القبض فالاقالة على ما سميا لانها بيع جديد كانه باعه منه ابتداء وان
كان قبل القبض والمبيع عقارا فكذلك لانه يمكن جعله بيعا لان بيع
العقار قبل القبض جائز عنده وان كان منقولا فالاقالة فسخ لانه لا يمكن
جعلها بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وروى عن ابي يوسف
ان الاقالة بيع على كل حال فكل ما لا يجوز بيعه لا يجوز اقالته فعلى هذه
الرواية لا يجوز الاقالة في المنقول قبل القبض عنده لانه لا يجوز بيعه
وعند محمد رحمه الله ان كان قبل القبض فالاقالة تكون على الثمن الاول
ويبطل تسمية الزيادة على الثمن الاول والجنس الاخر والنقصان والاجل
ويكون فسخا كما قال ابو حنيفة لانه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعا لان

للاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد

بيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولا كان او عقارا وان كان بعد
القبض فان تقايلا من غير تسمية الثمن اصلا او سميا الثمن الاول من غير
زيادة ولا نقصان او نقصا عن الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول ويبطل
تسمية النقصان ويكون فسخا ايضا كما قال ابو حنيفة رحمه الله لانها
فسخ في الاصل ولا مانع من جعلها فسخا فتجعل فسخا وان تقايلا على الزيادة
او على الثمن الاول او على جنس اخر سوى جنس الثمن الاول قل او كثر
فالاقالة على ما سميا ويكون بيعا عنده لانه لا يمكن جعلها فسخا ها هنا
لان من شان الفسخ ان يكون بالثمن الاول واذا لم يمكن جعلها فسخا تجعل بيعا
بما سميا بخلاف ما اذا تقايلا على انقص من الثمن الاول ان الاقالة تكون
بالثمن الاول عنده وتجعل فسخا ولا تجعل بيعا عنده لانه سكوت عن بعض
الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن النقص لا يكون اعلا من النقص على
عن الثمن وهناك تجعل فسخا لا بيعا فها هنا اولى والله اعلم بالصواب
وعلى هذا يخرج ما اذا كان المشترى دارا ولها شفيع فقضى له بالشفعة
ثم طلب منه المشترى ان يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الاول او بجنس اخر
ان الزيادة باطلة وكذا تسمية الجنس الاخر عند ابي حنيفة ومحمد وزفر
لانه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة اليه بالثمن الاول
فالتسليم بالزيادة على الثمن الاول او بجنس اخر يكون اقالة على الزيادة
على الثمن الاول او على جنس اخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالثمن الاول
عندهما وانما اتفق جوابهما ها هنا على اصل محمد لانه لا يرى جواز بيع العقار
قبل القبض فبقي فسخا على الاصل وعند ابي يوسف الزيادة صحيحة وكذا
تسمية جنس اخر لان الاقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعا فبقي بيعا
على الاصل ولو تقايلا البيع في المنقول ثم ان البايع باعه من المشتري
ثانيا قبل ان يسترده منه يجوز البيع وهذا يطرد على اصل ابي حنيفة ومحمد

وزفر اما على اصل زفر فلان الاقالة فسخ مطلق في حق الكل وعلى اصل
ابي حنيفة رحمه الله فسخ في حق العاقدين والمشتري احد العاقدين
وعلى اصل محمد فسخ عند عدم المانع من جعله فسخا ولا مانع هاهنا من جعله
فسخا لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكانت الاقالة فسخا عندهم
فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض بحاز واما على اصل ابي يوسف
فلا يطرد لان الاقالة عنده بعد القبض بيع مطلق عنده وبيع المبيع المنقول
قبل القبض لا يجوز بلا خلاف بين اصحابنا فكان هذا الفصل حجة عليه
الا ان يثبت عنه الخلاف فيه ولو باعه من غير المشتري لا يجوز وعلى اصل
ابي حنيفة وابي يوسف يطرد اما على اصل ابي يوسف فلان الاقالة بعد
القبض بيع جديد في حق العاقدين وعندهما الا لمانع ولا مانع من جعلها
بيعا هاهنا لانا لو جعلناها بيعا لا تفسد الاقالة لانها حصلت بعد
القبض فتجعل بيعا فكان هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فلم يجز واما على
اصل ابي حنيفة فهي وان كانت فسخا لكن في حق العاقدين فاما في حق غيرهما
فهي بيع والمشتري غيرهما فكان بيعا في حقه فيكون بيع المبيع قبل القبض
واما على اصل محمد وزفر فلا يطرد لانها عند زفر فسخ في حق العاقدين
وغيرهما وعند محمد الاصل فيها الفسخ الا لمانع ولم يوجد المانع فبقي فسخا
في حق الكل فلم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فيجوز وان كان المبيع
غير منقول والمسألة بحالها جاز بيعه من غير المشتري ايضا على اصل ابي حنيفة
وابي يوسف وكذا قياس اصل محمد لان على اصله الاقالة بيع في حق الكل
الا ان لا يمكن وهاهنا يمكن لما قلنا وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق غير العاقدين
فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض وانه جائز عندهما وعند محمد فسخ الا
عند التعذر ولا تعذر هاهنا لانها حصلت بعد القبض على الثمن الاول
فبقيت فسخا فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل

القبض وهذا جائز عنده منقولا كان او غير منقول وعند زفر هي فسخ على
الاطلاق فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز وعلى هذا تخرج
ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع او اشتراها
ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع فان الشفيع يأخذها
بالشفعة عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الاقالة بيع جديد في حق الكل
على اصل ابي يوسف ولا مانع من جعلها بيعا وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق
غير العاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعا في حقه فيستحق واما على قياس
اصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة لانها فسخ مطلق على اصل زفر وعلى اصل
محمد فسخ ما امكن وهاهنا ممكن لان الشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ ولو رد
بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشتري
قبل الاسترداد وقبله المشتري جازت الهبة وملكه المشتري ولا ينفسخ
الاقالة ولو كان هذا في البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشتري
المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع وهذا يشكل على اصل ابي يوسف
لانه اجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت الهبة
ولو كانت فسخا للاقالة كما كانت فسخا للبيع ثم الفرق على اصل من جعلها فسخا
ظاهر لان الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازا عن اقالة البيع
ولو كان المبيع مكيلا او موزونا بيع مكايلة او موازنة فتقايلا البيع
فاسترده البائع من غير كيل او وزن صح قبضه وهذا لا يطرد على اصل ابي
يوسف لان الاقالة قبل قبض المبيع او بعده ثم وجد البائع به عيبا كان
عند بائعه ليس له ان يرده عليه وهذا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله يطرد لان الاقالة على اصل ابي يوسف بيع في حق الكل وعلى
اصل ابي حنيفة بيع في حق ثالث فكان بيعا في حقه فيصير كانه اشتراه ثانيا
او ورثه من المشتري وعلى اصل محمد وزفر يشكل لان الاقالة فسخ على اصلهما

فينبغي ان لا يمنع الرد ولو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه
من اجنبي ثم تقايلا وعاد المبيع الى المشتري ثم ان بايعه اشتراه باقل
مما باعه من الثمن الاول قبل النقد يجوز وهذا على اصل ابي حنيفة وابي
يوسف صحيح لان الاقالة على اصل ابي يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما
وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق ثالث والبايع الاول هاهنا ثالث فكانت
الاقالة بيعا في حقه كان المشتري الاول اشتراه ثانيا ثم باعه من بايعه
باقل من الثمن الاول قبل النقد وذلك جايز كذا هذا واما على اصلهما
وزفر فلا يطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخا فكانت اعادة الى قديم الملك
فينبغي ان يجوز واما شرايط صحة الاقالة فمنها رضا المتقابلين اما على — شرايط صحة الاقالة
اصل ابي يوسف فظاهر لانها بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات
واما على اصل ابي حنيفة ومحمد وزفر فلانها فسخ العقد والعقد لم ينعقد
على الصحة الا بتراضيهما ايضا ومنها المجلس لما ذكرنا ان معنى البيع موجود
فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع ومنها تقابض بدلي الصرف في اقالة
الصرف وهذا على اصل ابي يوسف ظاهر وكذلك على اصل ابي حنيفة
رحمه الله لان قبض البدلين انما وجب حقا لله تعالى الا ترى انه لا يسقط
باسقاط العبد والاقالة على اصله ان كانت فسخا في حق العاقدين فهي بيع
جديد في حق ثالث فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعا في حقه ومنها
ان يكون المبيع محل الفسخ بساير اسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية
والعيب عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فان لم يكن بان ازداد زيادة — الزيادة تمنع الاقالة
تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند ابي يوسف ومحمد هذا
ليس بشرط اما على اصل ابي حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ العقد
فلا بد وان يكون المحل للفسخ فاذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة
ضرورة واما على اصل ابي يوسف فلانها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد

الزيادة محتمل للبيع فبقي محتملا للاقالة وعلى اصل محمد وان كانت فسخا
لكن عند الامكان ولا امكان هاهنا لانا لو جعلناها فسخا لم تصح ولو جعلناها
بيعا لصحت فتجعل بيعا لضرورة الصحة فهذا الفقه جواب محمد مع جواب ابي
يوسف في هذا الفصل ومنها قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا — قيام المبيع شرط لصحة الاقالة وقت الاقالة
وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط ووجه
الفرق ان اقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا
بالثمن لانه هو المعقود عليه على ان العقد يرد عليه لا على الثمن لانه يرد على
المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وانه دين لانه اسم لما
في الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع لا الثمن فاذا
هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم
البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة
واذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة وعلى هذا يخرج ما اذا
تبايعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا او لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون
والعددي المتقارب الموصوف في الذمة ثم تقايلا انهما ان تقايلا والعين قائمة
في يد المشتري صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما في يده او هالكا لقيام حكم
المبيع بقيام المعقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم يصح وكذا ان كانت
قايمة وقت الاقالة فهلكت قبل الرد على البايع بطلت الاقالة سواء كان الثمن
قائما او هالكا لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى ان بعد الاقالة وجب على
كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك المبيع بعد الاقالة قبل
القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب بطلان البيع كذا
هذا سواء بقي الثمن او هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة
وكذلك لو كان المبيع عبدين وتقابضا ثم هلك احدهما ثم تقايلا انه لا تصح الاقالة
لما ذكرنا ان المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان

المبيع عبدين وتقابضا ثم هلك احدهما ثم تقايلا انه لا تصح الاقالة لما ذكرنا
ان المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان احدهما
هالكا وقت الاقالة والاخر قايما وصحت الاقالة ثم هلك القايم قبل
الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا
ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ثم هلك احدهما في يد مشتريه ثم تقايلا
صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله
ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل واحد
منهما مبيع على حدة لقيام العقد بكل واحد منهما ثم خرج الهالك من ان
يجوز قيام العقد به فيقوم بالاخر واذا بقي المبيع بقي محل الفسخ فيصح او
يقول المبيع احدهما والاخر ثمن اذ المبيع لا بد له من الثمن فاذا هلك احدهما
تعين الهالك للثمن والقايم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده
فكان التصحيح اولى فبقي البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو
تقايلا والعينان قايمتان ثم هلك احدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل
الاقالة لان هلاك احدهما قبل الاقالة لما لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها
بعد الاقالة لا يمنع بقاها على الصحة من طريق الاولى لان البقا اسهل من
الابتدا وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض انه لا ينعقد باحد العوضين
ابتدا واذا انعقد بهما ثم هلك احدهما قبل القبض يبطل البيع لان البيع
مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل بهلاك احد
العوضين قبل القبض لان كل واحد من العوضين مبيع وهلاك المبيع قبل
القبض يبطل البيع فاما الاقالة فرفع البيع فيستدعي بقا حكم البيع وقد
بقي منهما ببقاء احدهما وعلى هذا يخرج اقالة السلم قبل قبض المسلم فيه
انها جايزة سوا كان راس المال عينا او دينا وسوا كان قايما في يد
المسلم فيه او هالكا لان المبيع هو المسلم فيه وانه قايم وهذا لان السلم

فيه

فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل
القبض فكان كالمعقود عليه وانه قايم فوجد شرط صحة الاقالة واذا
صحت فان كان راس المال عين مال قايمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت
هالكة فان كان مما له مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته
وان كان دينا رد مثله قايما كان او هالكا لانه لا يتعين بالتعيين فهلاكه
وقيامه سوا وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قايم
في يد رب السلم وانه يصح الاقالة ثمة لانها صحت حال كونه دينا حقيقة
فحال صيرورته عينا بالقبض اولى واذا صحت فعلى رب السلم رد عين المقبوض
لان المقبوض بعقد السلم كانه عين ما ورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه
مرابحة على راس المال والمرابحة بيع ما اشتراه البايع بمثل الثمن الاول
مع زيادة ربح واذا كان المقبوض عين ما ورد عليه العقد في التقدير
والحكم وجب رد عينه في الاقالة ولو اشترى عبدا بنقره او بمصوغ
وتقابضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قايمة في يد
البايع صحت الاقالة لان كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين فكان
معقودا عليه فيبقى البيع ببقاء احدهما وعلى البايع رد عين الفضة ويسترد
من المشتري قيمة العبد لكن ذهبا لا فضة لان الاقالة وردت على قيمة
العبد فلو استرد قيمته فضة والقيمة تختلف فتزداد او تنتقص فتؤدي
الى الربا ولو كان العبد قايما وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البايع
فعلى البايع ان يرد الفضة ويسترد قيمة العبد ان شا ذهبا وان شا
فضة لان الاقالة هاهنا وردت على عين العبد ثم وجبت القيمة على
المشتري بدلا للعبد ولا ربا بين العبد وقيمته والله اعلم

كتاب القرض

الكلام فيه في مواضع في بيان ركن القرض وفي بيان شرايط الركن

وسيجي مسايل القرض في كتاب البيع في مواضع

وفي بيان حكم القرض اما ركنه فهو الايجاب والقبول الايجاب
هو قول المقرض اقرضتك هذا الشيء او خذ هذا الشيء قرضا ونحو
ذلك والقبول هو ان يقول المستقرض استقرضت او قبلت او رضيت
وما جرى هذا المجرى وهو قول محمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
وروى عن ابي يوسف رواية اخرى ان الركن فيه هو الايجاب فاما
القبول فليس بركن حتى لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث
عند محمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخرى يحنث
وجه هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما نذكر والقبول ليس بركن
في الاعارة وجه قول محمد ان الواجب في ذمة المستقرض مثل المستقرض
فلهذا اختص جوازه بما له مثل فاشبه البيع فكان القبول ركنا فيه كما
في البيع وروى عن ابي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه
فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث هو الاستقراض وهو طلب القرض
كالاستيام في البيع هو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب القرض
فوجد شرط الحنث فيحنث والله اعلم **فصل** واما الشرائط فانواع
بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى نفس
القرض اما الذي يرجع الى المقرض فهو اهليته للتبرع فلا يملكه من لا يملك
التبرع من الاب والوصي والصبي والعبد المأذون والمكاتب لان القرض
للمال تبرع الا ترى انه لا يقابله عوض للحال فكان تبرعا للحال فلا يجوز
الا ممن يجوز منه التبرع وهؤلاء ليسوا من اهل التبرع فلا يملكون القرض
واما الذي يرجع الى القرض فمنها القبض لان القرض هو القطع في اللغة سمي
هذا العقد قرضا لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى
المستقرض فكان ماخذ الاسم دليلا على اعتبار هذا الشرط ومنها ان
يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فلا

يجوز

مالا يجوز قرضه

يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة
لانه لا سبيل الى ايجاب رد العين ولا الى ايجاب رد القيمة لانه يؤدي
الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين ان يكون
الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بما له مثل ولا يجوز القرض في الخبز
لا وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز عددا
وما قالا هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لاختلاف العجن
والطبخ والنضج والخفة والثقل في الوزن والصغر والكبر في العدد ولهذا
لم يجز السلم فيه بالاجماع فالقرض اولى لان السلم اوسع جوازا من القرض
والقرض اضيق منه الا ترى انه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض فيها
فلما لم يجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض اولى الا ان محمدا رحمه الله استحسن
في جوازه عددا لعرف الناس وعادتهم في ذلك فترك القياس لتعامل
الناس فيه هكذا روي عن ابرهيم النخعي رحمه الله جواز ذلك فانه روي
انه سئل عن اهل بيت يقرضون الرغيف فياخذون اصغر او اكبر فقال لا
بأس به ويجوز القرض في الفلوس لانها من العدديات المتقاربة كالجوز
والبيض ولو استقرض فلوسا فكسدت فعليه مثلها عددا عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد عليه قيمتها وجه قولهما ان الواجب في باب
القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمنا وقد بطلت
الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطبا
فانقطع عن ايدي الناس انه يلزمه قيمته لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه
الله ان رد المثل كان واجبا والفائت بالكساد ليس الا وصف الثمنية
وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به الا ترى انه يجوز استقراضه بعد
الكساد ابتداء وان خرج من كونه ثمنا فلان يجوز بقاء القرض فيه اولى لان
البقاء اسهل وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش لانها في

حكم قرض الخبز والعافية بقول محمد لتعامل الناس وعموم البلوى

استقراض الفلوس

ولو لم تكسد الفلوس ولكنها رخصت او غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا ان صفة الثمنية باقية

درهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار هداية

المغشوش هو المخلوط

حكم الفلوس وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه كره استقراض الدراهم
المكحلة والمزيفة وكره انفاقها وان كانت تنفق بين الناس لما في ذلك
من ضرر العامة واذا نهي عنها وكسدت فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت
ولو كان له على رجل دراهم جياد فاخذ منه مزيفة او مكحلة او زيوفا
او نبهرجة او ستوقة جاز في الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالحط
عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفقه وان يبين وقت الانفاق
لانه لا يخلوا عن ضرر العامة بالتلبيس والتدليس قال ابو يوسف رحمه
الله كل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي ان يقطع ويعاقب صاحبه
اذا انفقه وهو يعرفه وهذا الذي ذكره احتساب في حسن الشريعة ولو
استقرض دراهم بخارية فالتقيا في بلد لا يقدر فيه على البخارية فان كانت
ينفق في ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انتظر مكان الادا وان
شاء اجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه بكفيل وان شاء اخذ
القيمة لانها اذا كانت نافقة لم يتغير بقيت في الذمة كما كانت وكان له
الخيار ان شاء لم يرض بالتاخير واخذ القيمة لما في التاخير من تاخير حقه وفيه
ضرر به كمن عليه الرطب اذا انقطع عن ايدي الناس انه يتخير صاحبه بين
التربص والانتظار لوقت الادراك وبين اخذ القيمة لما قلنا كذا هذا وان
كان لا ينفق في ذلك البلد فعليه قيمتها والله اعلم واما الذي يرجع الى
نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يجز نحو ما اذا
اقرضه دراهم غلة على ان يرد عليه صحاحا او اقرضه وشرط له شرطا فيه
منفعة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر
نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه الربا لانها فضل لا يقابله عوض والتحرز
عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة
في القرض فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض اعطاه اجودهما

الزيادة اذا لم تكن مشروطة ... فلا بأس به

اعطاه فلا باس بذلك لان الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد
بل هذا من باب حسن القضاء وانه امر مندوب اليه قال النبي صلى الله
عليه وسلم خيار الناس احسنهم قضاء وقال صلى الله عليه وسلم عند
قضاء دين لزمه للوزان زن وارجح وعلى هذا تخرج هذه السفاتج التي
يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها باسقاط خطر
الطريق فيشبه قرضا جر نفعا فان قيل اليس انه قد روي عن عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على ان يرد بالكوفة وهذا
انتفاع بالقرض باسقاط خطر الطريق فالجواب ان ذلك محمول على ان
السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقا ثم يكون السفتجة وذلك مما لا
باس به على ما بينا والله اعلم والاجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطا
في العقد او متاخرا عنه بخلاف ساير الديون والفرق من وجهين احدهما
ان القرض تبرع الا ترى انه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا
يملك التبرع فلو لزم فيه الاجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروع بخلاف
ساير الديون والثاني ان القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا
يلزم في العواري والدليل على انه يسلك به مسلك العارية انه لا يخلوا
اما ان يسلك به مسلك المبادلة وهو تمليك الشيء بمثله او يسلك به مسلك
العارية لا سبيل الى الاول لانه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين
ان يكون عارية فجعل في التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما
قبض وان كان يرد بدله في الحقيقة وجعل بدل رد العين بمنزلة رد العين
بخلاف ساير الديون وقد يلزم الاجل في القرض بحال بان يوصي بان يقرض
من ماله بعد موته فلانا الف درهم الى سنة فانه ينفذ وصيته ويقرض
من ماله كما امر وليس لورثته ان يطالبوا به قبل السنة فصل واما حكم
القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال وثبوت مثله في ذمة

السفاتج

للاجل القرض لا يلزم

لزوم الاجل في القرض فيما اذا كان بالوصية

المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف
في بعض النوادر ان المستقرض لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلكه حتى لو اقرض
كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم انه اشترى الكر عليه بمائة درهم جاز
البيع وعلى رواية ابي يوسف لا يجوز لان المقرض يملك المستقرض الكر الذي عليه
وليس عليه الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجز كما لو باعه الكر الذي في هذا
البيت وليس في البيت كر وجاز في ظاهر الرواية لانه باع ما في ذمته منه
فصار كما اذا باعه الكر الذي في البيت وفي البيت كر وكذلك لو كان
الكر القرض قائما في يد المستقرض كان المستقرض بالخيار ان شا دفع اليه
هذا الكر وان شا دفع اليه كرا اخر ولو اراد المقرض ان ياخذ هذا
من المستقرض واراد المستقرض ان يمنعه من ذلك ويعطيه كرا اخر مثله
له ذلك في ظاهر الرواية كما روى عن ابي يوسف في النوادر لا خيار للمستقرض
ويجبر على دفع ذلك الكر اذا طالبه المقرض وعلى هذا فروع ذكرت في
الجامع الكبير وجه رواية ابي يوسف ان الاقراض اعارة بدليل انه لا
يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما في ساير المعاوضات وكذلك
لا يملكه الاب والوصي والعبد الماذون والمكاتب وهولاء لا يملكون
المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض
البدل ولو كان مبادلة لبطل لانه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل
وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لان بيع المكيل
بمكيل مثله في الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلايل ان الاقراض اعارة فبقي
العين على حكم ملك المقرض وجه ظاهر الرواية ان المستقرض بنفس القبض
بسبيل من التصرف في القبض من غير اذن المقرض بيعا وهبة وصدقة وساير
التصرفات واذا تصرف ينفذ تصرفه ولا يتوقف على اجازة المقرض وهذه
امارات الملك وكذا ماخذ الاسم دليل عليه فان القرض قطع في اللغة

فيدل

فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم واما قوله القرض اعارة
والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين فنعم لكن ما لا يملك الانتفاع به
مع بقاء عينه تقام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائما مقام قبض
المنفعة والمنفعة في باب الاعارة تملك بالقبض لانها تبرع بتمليك
المنفعة وكذا ما هو ملحق بها وهو العين ٥ والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان سبب ثبوت حق الشفعة
وفي بيان شرائط ثبوت حق الشفعة وفي بيان ما يتاكد به حق الشفعة
ويستقر وفي بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفي بيان ما يملك به
المشفوع وفي بيان طريق التملك وفي بيان كيفيته وفي بيان شرط التملك
وفي بيان ما يتملك به وفي بيان المتملك وفي بيان المتملك منه وفي بيان حكم
اختلاف الشفيع والمشتري وفي بيان الحيلة في ابطال الشفعة وفي بيان
انها مكروهة ام لا اما سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه من وجهين
بيان سبب وجوب الشفعة
احدهما في بيان ماهية السبب والثاني في بيان كيفيته اما الاول فسبب
وجوب الشفعة احد الاشيا الثلثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي
الشركة في حقوق الملك والجوار وان شيت قلت احد شيين الشركة
والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب
والطريق وهذا عند اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي السبب هو الشركة
في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج
بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة فيما لم يقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصدر الحديث اثبات
الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم لان كلمة انما لاثبات المذكور
ونفيها عما عداه واخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق

والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية
ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه وعصمة ملكه
وكون التملك اضرارًا يمنع من ذلك فكان ينبغي ان لا يثبت حق الاخذ اصلا
الا انا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى وبقي الامر في المقسوم
على الاصل او ثبت معلولا بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضررا
لازمًا لا يمكن دفعه الا بالشفعة فاما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن
الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة
ولنا ما روي انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس
لها شريك ولها جار فقال عليه السلم الجار احق بشفعتها وهذا نص
في الباب وروي عنه عليه السلم انه قال الجار احق بصقبه والصقب
الملاصق اي بما يليه وبما يقرب منه وروي الجار احق بشفعته
وهذا نص ولان حق الشفعة بسبب الشركة انما ثبت لدفع اذى الدخيل
وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك
يكون ورودًا هاهنا دلالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لان
القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك وهي ضرر غير واجب الدفع
لان القسمة غير مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض
لدفع ضرر القسمة واما قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى
السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع بالمقابلة والمرافعة
في نفسها ضرر وضرر الجار السوء حين وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر
دايم واما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا
تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان
يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم واخره حجة عليه لانه علق سقوط الشفعة
بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود

احدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم تصرف
الطرق ثم هو ماول وتاويله فاذا وقعت الحدود فبانت وصرفت
الطرق فتباعدت فلا شفعة او لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حقه وطريقه
او لا فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لان في القسمة
معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فاخبر انه لا شفعة ليزول الاشكال
والله اعلم واما بيان كيفية السبب فالكلام فيه في موضعين احدهما
في حال انفراد الاسباب واجتماعها والثاني في حال الاجتماع اما الذي
يعم الحالين جميعًا فهو ان السبب اصل الشركة لا قدرها واصل الجوار
لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار بالشفعة
كثر شركه وجواره او قل وعلى هذا تخرج قول اصحابنا رحمهم الله في قسمة
الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة والجوار انها تقسم تقسيم الشفعة على الرؤوس
على قدر الرؤوس لا على قدر الشركة وعند الشافعي على قدر الشركة في ملك
المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلثة نفر لاحدهم ثلثها وللاخر نصفها وللاخر
سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقين نصفين عندنا
على عدد الرؤوس وعنده اثلاثًا ثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس
على قدر الشركة وجه قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لانه يثبت لتكميل
منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة ولنا ان السبب في موضع
الشركة اصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق والدليل
على ان السبب اصل الشركة دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع
فان الشفيع اذا كان واحدا ياخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب
قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة
انما ثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا باخذ كل الدار
بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق في الشركة هو اصل الشركة وقد استويا

فيه فبعد ذلك لا يخلوا اما ان ياخذ احدهما الكل دون صاحبه واما
ان ياخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل الى الاول لانه ليس احدهما باولى
من صاحبه ولا سبيل الى الثاني لاستحالة ملك دار واحدة في زمان واحد
من اثنين على الكمال فينصف بينهما عملا بكمال السبب بقدر الامكان
ومثل هذا جايز فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان نوع
كل واحد منهما سبب لاستحقاق الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك في
مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا
هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت
بان كان جوار احدهما لخمسة اسداس الدار وجوار الاخر لسدسها كانت
الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو اصل الجوار
وعلى هذا يخرج ما اذا كان للدار شفيعان فاسقط احدهما الشفعة
ان الاخر ياخذ كل الدار بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق الكل في حق
كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض وظهر حق الاخر في الكل
فياخذ الكل وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فاسقط بعضهم حقه فللباقين
ان ياخذوا الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيعان واحدهما غايب
فللحاضر ان ياخذ كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال
وجد في حقه وقد تاكد في حقه بالطلب ولم يعرف تاكد حق الغايب
بالطلب لانه محتمل يحتمل انه يطلب ويحتمل انه لا يطلب او يعرض فلم يقع
التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتاكد
لحق يحتمل التاكد والعدم بل يقضى له بالكل عملا بكمال السبب من غير معارض
بخلاف ما اذا كان لرجلين على رجل الفي درهم فهلك الرجل وترك الف
درهم واحد صاحبي الدين غايب انه لا يسلم الى الحاضر الا خمسمائة لان
هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الاخر في التاكد فيقسم بينهما على السوية

شفيعان اسقط احدهما حقه للاخر اخذ الكل

احدهما غايب للحاضر اخذ الكل

لوقوع التعارض والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غايب وبعضهم
حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤوسهم لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه
لبعض لم يصح جعله في حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤوس من
بقي لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لانه ليس بامر ثابت في المحل فبطل الجعل
في حق غيره وسقط حقه لكون الجعل دليل الاعراض وبقي كل الدار
بين الباقين فيقتسمونها على عدد الرؤوس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا
فقضي له بكل الدار ثم جاء اخر يقضى له بنصف ما في يد الحاضر فان جاء
ثالث يقضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما لوقوع التعارض والتزاحم
لاستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتاكده فيقسم بينهم على السوية ولو اخذ
الحاضر الكل ثم قدم الغايب فاراد ان ياخذ النصف فقال له الحاضر انا
اسلم لك الكل فاما ان تاخذ او تدع فليس له ذلك وللذي قدم ان ياخذ
النصف لان القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغايب
عن النصف وصار الباقي الغايب مقضيا عليه في ضمن القضا للحاضر
بالكل فبعد ذلك وان بطل القضا لكن الحق بعدما بطل لا يتصور عوده
ولو قضى بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا فرده ثم قدم الغايب فليس له ان
ياخذها بالبيع الاول الا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضا او بغير
قضا وسواء كان قبل القبض او بعده لما ذكرنا انه لما قضى القاضي للحاضر
بكل الدار بالشفعة فقد ابطل حق الغايب عن النصف وصار هو مقضيا
عليه ضرورة القضا على المشتري فبطلت شفعته في هذا النصف فلا
يحتمل العود سواء كان الرد بالعيب بقضا او بغير قضا لانه انما بطل حقه
في النصف بالقضا بالشفعة وبالرد بالعيب لا يتبين ان القضا بالشفعة
لم يكن وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا ولو اراد الغايب
ان ياخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب ويدع البيع الاول ينظر ان

حق الشفعة لا يحتمل النقل

كان الرد بقضاء فله ذلك لان الرد بغير قضاء بيع مطلق فكان بيعا جديدا
في حق الشفعة واخذ الكل بالشفعة كما ياخذ بالبيع المبتدا هكذا
ذكر محمد رحمه الله واطلق الجواب ولم يفصل بينما اذا كان الرد بالعيب
قبل القبض او بعده من مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول على ما
بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضا بيع جديد وبيع العقار قبل
القبض لا يجوز على اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب على اصل ابي حنيفة
رحمه الله وابي يوسف ومنهم من قال يستقيم على مذهب الكل لان رضا الشفيع
هاهنا غير معتبر لكونه مجبورا في التملك فكان رضاه ملحقا بالعدم وان
كان بغير قضا فليس له ان ياخذ لانه فسخ مطلق ورفع العقد من الاصل كانه
لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان
يقضى له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغايب فان شا اخذ الكل وان
شا ترك لان القاضي اذا لم يقض بالشفعة للحاضر فلم يبطل حق الغايب بل بقي
في كل الدار لوجود سبب الاستحقاق في الكل الا انه لم يظهر لمزاحمة حق الحاضر
في الكل وبالتسليم زالت المزاحمة فظهر حق الغايب في كل الدار ولو
رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة ثم حضر شفيعان اخذا
ثلثي الدار بالشفعة والحكم في الاثنين والثلاث سوا يسقط حق الغايب
بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذا لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشتري
ثم حضر الغايب فان شا اخذ كل الدار بالبيع الاول وان شا اخذ كلها
بالبيع الثاني اما الاخذ بالبيع الاول فلان حق الحاضر في الشفعة قد بطل
بالشرا من المشتري لكون الشرا منه دليل الاعراض فزالت المزاحمة الموجبة
للقسمة فبقي حق الغايب في كل الدار فياخذ الكل بالبيع الاول ان شا لان
الشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان
البطلان بالاقدام على الشرا ولا حق له قبل الشرا ليبطله واما الاخذ

٤١
بالبيع الثاني فلان البيع الثاني وجد ولا حق للحاضر في الشفعة لصيرورته
معرضا بالشرا فيظهر حق الاخر في الكل ولو كان المشتري الاول شفيعا
للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغايب فان شا اخذ نصف
الدار بالبيع الاول وان شا اخذ كلها بالبيع الثاني اما اخذ النصف
بالبيع الاول فلان المشتري الاول لم يثبت له حق قبل الشرا حتى يكون بشرايه
معرضا عنه فاذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغايب الا مقدار ما
ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول وهو النصف واما اخذ الكل بالعقد
الثاني فلان السبب عند البيع الاول اوجب الشفعة للكل في الدار وقد
بطل حق الشفيع الحاضر بالشرا لكون الشرا دليل الاعراض فبقي حق المشتري
الاول والغايب في كل الدار فيقسم بينهما للتزاحم فياخذ الغايب نصف
الدار بالبيع ان شا وان شا اخذ الكل بالعقد الثاني لان السبب عند
العقد الثاني اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عن
العقد الاول ولم يتعلق باقدامه على الشرا الثاني بعقد حق لاعراضه
فكان للغايب ان ياخذ كل الدار بالعقد الثاني ولو كان المشتري
الاول اجنبيا اشتراها بالف فباعها من اجنبي بالفين ثم حضر الشفيع فالشفيع
بالخيار ان شا اخذ بالبيع الاول وان شا اخذ بالبيع الثاني لوجود سبب
الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع
الاول سلم الثمن الى المشتري الاول والعهدة عليه وينفسخ البيع ويسترد
المشتري الثاني الثمن من الاول وان اخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعا
والعهدة عليه على الثاني غير انه ان وجد المشتري الثاني والدار في يده فله
ان ياخذ بالبيع الثاني سوا كان المشتري الاول حاضرا او غايبا وان اراد
ان ياخذ بالبيع الاول فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الاول والثاني هكذا
ذكر القاضي الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ولم يحك خلافا

وذكر الكرخي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف حضرة الاول
ليس بشرط وللشفيع ان ياخذ من الذي في يده ويدفع اليه الفا ويقال له
اتبع الاول وخذ منه الفا وان كان الثاني اشتراه بالف ياخذ منه ويدفع
اليه الفا وجه قول ابي يوسف ان حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا
يشترط لاستيفائه حضرة المشتري الاول وجه قولهما ان الاخذ من غير حضرة
المشتري الاول يكون قضاء على الغائب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ
البيع الاول على المشتري الاول على ما نذكر في موضعه فيكون قضاء على
الغائب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول على المشتري
الاول على ما نذكر فيكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر
وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق في العين
وانما الثابت حق التملك على المشتري ولا بد من حضرته ولو كان المشتري
باع نصف الدار ولم يبع جميعها فجاء الشفيع فاراد ان ياخذ بالبيع الاول
اخذ جميع الدار وبطل البيع في النصف الثاني من المشتري الثاني لان سبب
استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الاول فاذا اخذ الكل بالبيع
الكل بالبيع الاول انفسخ البيع في النصف الثاني من المشتري لانه تبين
انه تقدم على حق الشفيع في قدر النصف وان اراد ان ياخذ النصف بالبيع
الثاني فله ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد في النصف وبطلت
شفعته في النصف الذي في يد المشتري الاول لوجود دليل الاعراض ولو
كان المشتري لم يبع الدار الاول ولكنه وهبها من رجل او تصدق بها على
رجل وقبض الموهوب له والمتصدق عليه ثم حضر الشفيع والمشتري والموهوب
له حاضر ان ياخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لان يكون العقد معاوضة من
شرائط الاستحقاق على ما نذكر ولا بد من حضرة المشتري حتى لو حضر الشفيع
ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشتري فياخذها بالبيع الاول

سو الثمن للمشتري وتبطل الهبة كذا ذكر الكرخي من غير خلاف واما
الكرخي فقد جعله على الخلاف الذي ذكرنا ان الذي في يديه الدار وهو
الموهوب له لم يكن خصما عندهما وعند ابي يوسف يكون خصما كما في البيع ولو
وهب المشتري نصف الدار مقسوما وسلمه الى الموهوب له ثم حضر
الشفيع واراد ان ياخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه
ياخذ جميع الدار بجميع الثمن او يدع لان في اخذ البعض دون البعض تفريق
الصفقة على المشتري واذا اخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشتري
لا للموهوب له ولو اشترى دارا بالف ثم باعها بالفين فعلم الشفيع بالبيع
الثاني ولم يعلم بالبيع الاول فاخذها بقضا او بغير قضا ثم علم ان البيع الاول
كان بالف فليس له ان ينقض اخذه لانه لما اخذها بالبيع الثاني فقد ملكها
وحق التملك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في
الشفعة في البيع الاول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوي فيه
العلم والجهل فان اشتراها بالف ثم زاده في الثمن الفا فعلم الشفيع بالالفين
ولم يعلم ان الالف زيادة فاخذها بالفين فان اخذها بقضاء القاضي بطل الفضل
الزيادة وقضى له بالالف لان الزيادة غير ثابتة شرعا في حق الشفيع فكان القضاء
بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضي وان اخذها بغير قضا فليس له ان
ينقض اخذه لان الاخذ بغير قضا بمنزلة شراء مبتدا فسقط حقه في الشفعة
ولو كان المشتري حين اشتراه بالف ناقضه البيع ثم اشتراه بالفين فاخذ
الشفيع بالفين ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سواء كان
بقضا او بغير قضا لانه اجتمع صفقتان لا يمكن الاخذ بهما فاذا اخذ باحدهما
انتقض الاخر والله اعلم واذا كان للدار جاران احدهما غايب والاخر
حاضر فخاصم الحاضر الى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لان قضا
القاضي الاول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطل شفعة الحاضر فبقي حق الغايب

الزيادة في الثمن لا تثبت في حق الشفيع

في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة
ولو كان القاضي الاول قال ابطلت كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع
لم يبطل شفعة الغائب كذا قال محمد رحمه الله وهو صحيح لان هذا قضاء على
الغائب وانه لا يجوز والله اعلم واما الذي يرجع الى حال الاجتماع
فهو ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب
فيقدم الاقوى فالاقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لما — تقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك احق من الخليط والخليط
احق من غيره ولان المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل واذاه
وسبب وجود الضرر والاذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب
فالاتصال بالشركة في عين المبيع اقوى من الاتصال بالخلطة والاتصال
بالخلطة اقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح فان
سلم الشريك وجبت الشفعة للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص
على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره وجه رواية ابي
يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى ان غيره لا يملك
المطالبة فاذا سلم سقط الحق اصلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لان
كل واحد من هذه الاشياء الثلثة سبب صالح للاستحقاق الا انه
ترجح البعض على البعض لقوة في التأثير على ما بينا فاذا سلم الشريك
التحقت شركته بالعدم وجعل كانها لم تكن فيراعى الترتيب في الباقي كما
لو اجتمع الخلطة والجوار ابتداء وبيان هذا في مسائل دار بين رجلين في سكة
غير نافذة طريقها من هذه السكة باع احدهما نصيبه فالشفعة لشريكه
لان شركته في عين الدار وشركة اهل السكة في الحقوق فكان الشريك
في عين الدار اولى بالشفعة فان سلم فالشفعة لاهل السكة كلهم يستوي — تفسير الشريك والخليط والجار

فيها الملاصق وغير الملاصق فانهم كلهم خلطاء في الطريق فان سلموا فالشفعة
للجار الملاصق وعلى ما روي عن ابي يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة
اصلا ولو انشعبت من هذه السكة سكة اخرى غير نافذة فبيعت دار فيها
فالشفعة لاهل هذه السكة خاصة لان خلطة اهل السكة اخص من خلطة
السكة العليا ولو بيعت دار في السكة العليا استوى في شفعتها اهل
السكة العليا واهل السكة السفلى لان خلطتهم في السكة السفلى سواء فيستوون
في الاستحقاق وقال محمد رحمه الله اهل الدار يستحقون الشفعة بالطريق اذا
كان ملكا لهم او كان رقبته مملوك اما اذا كان ملكا لهم فظاهر لوجود الخلطة
وهي الشركة في الطريق واما اذا كان رقبته مملوك فلانهم اخص به من غيرهم
فكان في معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة — السكة النافذة لا شفعة فيها الا للجار الملاصق
الا للجار الملاصق لان الشركة العامة اباحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا
فهو في حكم غير النافذ والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك
اهله سده لانه اذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركة
عامة فتشبه الاباحة وعلى هذا الحرج النهر اذا كان صغيرا يسقى منه اراضي — النهر الصغير الشفعة للكل
معدودة او كروم معدودة فبيع ارض منها او كرم ان الشركاء كلهم في النهر
كلهم شفعاء يستوي الملازق وغير الملازق لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة
في الشرب وان كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف — النهر الكبير الشفعة للملاصق
في الحد الفاصل بين الصغير والكبير قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كان
تجري فيه السفن فهو كبير وان كان لا تجري فيه فهو صغير وروي عن ابي يوسف
انه قال لا استطيع ان احد هذا بحد هو عندي على ما ارى حين يقع ذلك
وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه ان كان يسقى منه قراحان او ثلثة
او بستانان او ثلثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي
الاختلاف بين اصحابنا والقاضي لم يذكر خلافهم وانما ذكر خلاف المشايخ

فيه قال بعضهم ان كان شركاء النهر يحصون فهو صغير وان كانوا اكثر
من مائة فهو كبير وقال بعضهم هو يفوض الى راي القاضي فان راه صغيرا
قضى بالشفعة لاهله وان راه كبيرا قضى بها للجار الملاصق ولو نزع من
هذا النهر نهر اخر فيه ارضون او بساتين وكروم فبيع ارض او بستان شربه
من هذا النهر النازع فاهل هذا النهر احق بالشفعة من اهل النهر الكبير — اهل النهر الصغير المنشعب من نهر كبير احق بالشفعة
الا ترى انهم مختصون بشرب النهر النازع فكان اولى كما في السكة المنشعبة
من سكة غير نافذة ولو بيعت ارض على النهر الكبير كان اهله واهل
النهر النازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب قال محمد رحمه الله في
قراح واحد في وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين
فبيع القراح فجاء شفيعان احدهما في هذه الناحية من القراح والاخر في
الجانب الاخر قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية حايلة لان
الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلا كالحائط الممتد ولو
كانت هذه الساقية لجوار القراح ويشرب منها الف جريب خارجا من
هذا القراح فاصحاب الساقية احق بالشفعة من الجار لانهما شركا
في الشرب والشريك مقدم على الجار على ما مر والله اعلم وعلى هذا — الشريك في الشرب مقدم على الجار
يخرج ما روي عن ابي يوسف انه قال في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق
فباع احدهما نصيبه من الدار ان الشريك احق بالشفعة من صاحب
الطريق لان الشريك في عين العقار احق من الخليط وكذلك اذا كانت
الدار بين رجلين ولاحدهما بيت في الدار حايط بارضه في الدار بينه وبين
اخر فباع الذي شركه في الحايط نصيبه من الدار والحايط فالشريك في
الدار احق بشفعة الدار والشريك في الحايط اولى بالحايط لان الشريك
في الحايط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على
الجار وكذلك سفل بين رجلين ولاحدهما علو عليه بينه وبين اخر فباع

الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة
في السفل ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل
في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل لان شريكه في السفل جار العلو او
شريك في حقوق العلو ان كان طريق العلو فيه وليس بشريك له في العلو
والشريك في عين البقعة او فيما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك
في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل او شريكه في الحقوق اذا كان
طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في البقعة فكان الشريك في عين
البقعة اولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لاخر
فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس ان لا شفعة لصاحب السفل في
العلو وفي الاستحسان تجب وجه القياس ان من شرائط وجوب الشفعة — البناء قبيل المنقول
ان يكون المبيع عقارا والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في سائر
المنقولات وجه الاستحسان ان العلو في معنى العقار لان حق البناء على
السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فاشبه العقار الذي لا يحتمل الهلاك فكان
ملحقا بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل اخر
فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق اولى بشفعة العلو من
صاحب الدار التي عليها العلو لان صاحب الدار التي فيها الطريق شريك
في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار والشريك مقدم على
الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق اخذه
صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار لانه جاره وان كان للعلو جار
ملازق وبين العلو وبين مسكنه طايفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس
بجار ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره
وليس بشريك وهو كدارين متجاورين لاحدهما خشب على حايط الاخر ان صاحب
الخشب لا يستحق الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيئا ولو بيعت الدار التي

فيها طريق العلو فصاحب العلو اولى بشفعة الدار من الجار لانه
شريك في الحقوق فكان مقدما على الجار وروى عن ابي يوسف انه قال
في بيت عليه غرفتان احدهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق في دار اخرى
وليس بينهم شركة في الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم
صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعا لاستويهما
في الجوار فان باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان
الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ما روى عن ابي يوسف رحمه الله
انه قال في دار فيها مسيل ماء لرجل اخر فبيعت الدار كانت له الشفعة
بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل
الماء لا شركة للاخر فيه فصار كحايط لصاحب احدى الدارين في الاخرى
ولو ان حايطا بين داري رجلين والحايط بينهما فصاحب الشرك في الحايط
اولى من الجار بالحايط وبقية الدار ياخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا
روى عن ابي يوسف وزفر وروى عن ابي يوسف رواية اخرى ان الشريك
في الحايط اولى بجميع الدار وجه هذه الرواية ان الشريك في الحايط
شريك في بعض المبيع فكان اولى من الجار الذي لا شركة له كالشريك في الشرب
والطريق وجه الرواية الاولى ان الشريك في الحايط شريك في بقعة معينة
وهي ما تحت الحايط لا في بقية الدار بل هو جار في بقية الدار فكان اولى بما
هو شريك فيه وبقية الدار بينه وبين الجار الاخر لاستويهما في الجوار
وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره فباع الرجل الدار فطلب
الرجل الشفعة وطلبها الشريك في البيت فصاحب الشركة في البيت
اولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان وقال الكرخي واصح الروايات عن ابي
يوسف ان الشريك في الحايط اولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق
الشركة في نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد رحمه الله

مسئلة

مسئله تدل على ان الشريك في الحايط اولى فانه قال في حايط بين دارين
لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحايط بينهما الا بالخشبة فبيعت
احدى الدارين قال فان اقام الاخر بينة ان الحايط بينهما فهو احق من الجار
لانه شريك وان لم يقم بينة لم اجعله شريكا وقوله احق من الجار اي
احق بالجميع لا بالحايط خاصة هذا هو ظاهر مقتضى هذا الاطلاق
وروى عن ابي يوسف رحمه الله فيمن اشترى حايطا بارضه ثم اشترى
ما بقي من الدار ثم طلب جار الحايط الشفعة فله الشفعة في الحايط ولا
شفعة له فيما بقي من الدار لانه لم يكن جارا لبقية الدار وقت البيع اذ
الحايط حايل بين ملكه وبقية الدار فلا تجب له الشفعة وروى عن
ابي يوسف رحمه الله في دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع احدهما
نصيبه من الدار فشريكه في الدار احق بالشفعة في الدار ولصاحب الطريق
الشفعة في الطريق لان الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحايط على
ما ذكرنا وهذا على الرواية التي يقول الشريك في الحايط جار في بقية
الدار على ما ذكرنا فيما تقدم والله اعلم **فصل** واما شرايط وجوب
الشفعة فانواع منها عقد المعاوضة وهو البيع او ما هو بمعناه فلا
تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث
والوصية لان الاخذ بالشفعة يملك على الماخوذ منه بمثل ما ملك هو
فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو اخذ الشفيع اما ان ياخذ بالقيمة واما ان
ياخذ مجانا بلا عوض لا سبيل الى الاول لان الماخوذ منه لم يملكه بالقيمة
ولا سبيل الى الثاني لان الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الاخذ اصلا
وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى
المعاوضة عند التقابض وان قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة عند اصحابنا
الثلثة وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهذا بنا على اصل وهو ان

الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعنده معاوضة
ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الاصل في كتاب الهبة نذكرها هنالك ان
شاء الله تعالى ولو وهب عقارا من غير شرط العوض ثم ان الموهوب له
عوضه من ذلك دارا فلا شفعة في الدارين لا في دار الهبة ولا في دار العوض
لان اعطاء دار الهبة العوض هبة مبتداة الا انها اختصت بالمنع من الرجوع
لا ان يكون عوضا حقيقة بدليل انه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة
جاز ولو كان عوضا حقيقة لما جاز لانه يكون ربا دل ان الثاني ليس بعوض
عن الاول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتداة فلم تجب به
الشفعة وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح سواء كان الصلح عن الدار
عن اقرار او عن انكار او سكوت لوجود معنى المعاوضة اما في الصلح عن الدار
فظاهر لان المدعي ملك المدعى في حق المدعي والمدعا عليه فكانت الدار
التي هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا فيتحقق معنى المعاوضة
في هذا الصلح واما في الصلح عن انكار فلان عند المدعي انه اخذ الدار
عوضا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة في حقه فكان للشفيع فيها
حق الشفعة وكذا في الصلح عن سكوت المدعا عليه لان المدعي ان كان محقا
في دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة وان كان مبطلا كان
عوضا عن ملكه في زعمه فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه وكذا تجب الشفعة
في الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصلح
من الجانبين جميعا واما عن انكار فلا تجب به الشفعة لان في زعم المدعا
عليه ان الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة
فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه فلم يكن للشفيع ان ياخذها منه بالشفعة
للحال ولكنه يقوم مقام المدعي في اقامة الحجة فان اقام البينة على صاحب
اليد ان الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا

يتحقق

معنى المعاوضة في حقه فلم يكن للشفيع ان ياخذها منه بالشفعة للحال
ولكنه يقوم مقام المدعي في اقامة الحجة فان اقام البينة على صاحب الدار
ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعا عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين
ان الصلح وقع معاوضة حقيقة وان لم تقم له حجة فلا شفعة له وكذا لا
تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعي ان كان محقا في
دعواه كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلا لم يكن معاوضة
في حق المدعا عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال لان الحكم كما لا يثبت بدون
شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك
ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سواء كان الصلح
عن اقرار او انكار لان بدل الصلح ليس بعين مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة
عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما نذكر ان شاء
الله تعالى ولو كان اصطلحا على ان ياخذ المدعي الدار ويعطيه دارا اخرى
فان كان الصلح عن انكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار
الاخرى لان الصلح اذا كان عن انكار كان هذا الصلح معاوضة دارا
بدار وان كان عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا
لانهما جميعا ملك المدعي ولو اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد
المشتري الدار بخيار رؤية او شرط قبل القبض او بعده فاراد الشفيع ان
ياخذ الدار بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لان الرد بخيار الرؤية
والشرط ليس في معنى البيع الا ترى انه يرد من غير رضا البائع بل هو فسخ محض
في حق الكل ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه
فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض
او بعده بقضاء القاضي فسخ مطلق وان كان بغير قضاء القاضي فللشفيع الشفعة
لان الرد بغير قضاء بيع جديد في حق ثالث والشفيع ثالث وكذلك الاقالة

الرد بخيار الشرط والعيب او الرؤية لا تجب فيه الشفعة

وفي الاقالة تجب الشفعة

قبل القبض او بعده لانها بيع جديد في حق ثالث والله اعلم ولا تجب
الشفعة في القسمة وان كان فيها معنى المعاوضة لانها ليست بمعاوضة
محضة بل فيها معنى الافراز والتمييز الا ترى انه يجري فيها الجبر فلم تكن
معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح من دم عمد على دار
انه لا تجب الشفعة ومنها معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة
المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تمليك بمثل ما تملك به المشتري فلو
وجبت في معاوضة المال بغير المال فاما ان ياخذ بما تملك به المشتري
ولا سبيل اليه لانه تملك بالقصاص واما ان ياخذ بقيمة الدار ولا سبيل
اليه ايضا لان المشتري لم يتملك به فامتنع التملك اصلا وعلى هذا يخرج
ما اذا صالح من دم عمد على دار لا تجب الشفعة لان القصاص ليس بمال
فلم يوجد معاوضة المال بالمال وكذا لو صالح من جناية توجب القصاص
فيما دون النفس على دار لما قلنا ولو صالح من جناية توجب الارش دون
القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال
ومنها معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب في معاوضة عين المال بما ليس
بعين المال لما ذكرنا ان التملك بما تملك به المشتري غير ممكن والتملك بعين
المال ليس تملكا بما ملك به المشتري فامتنع اصلا وعلى هذا تخرج ما اذا
جعل الدار مهرا بان تزوج على دار او جعلها بدل الخلع بان خالع امراته
على دار او جعلها اجرة في الاجارات بان استاجر بدار لان هذا معاوضة
المال بالمنفعة لان حكم الاجارة يثبت في المنفعة وكذا حكم النكاح هو
الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بعين
مال وهذا عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتجب الشفعة
في هذه المواضع فياخذها الشفيع بقيمة البضع وهي مهر المثل في النكاح
والخلع وفي الاجارة اجرة المثل وجه قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل

المهر وبدل الخلع والاجرة لا شفعة فيه

ما

ما ملك به المشتري عند الامكان وعند التعذر يقام قيمته مقامه
الا ترى لو اشترى دارا بعبد فالشفيع ياخذها بقيمة العبد لتعذر
الاخذ بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا هاهنا والمنافع تتقوم
بالعقد بلا خلاف فتقام قيمة العوض مقامه ولنا ان المنافع في الاصل لا
قيمة لها على اصول اصحابنا لانها لا تضمن بالغصب والاتلاف الا انها
تتقوم بالعقد بطريق الضرورة لحاجة الناس فبقي ما وراء ذلك على الاصل
فلا تظهر تقومها في حق الشفيع ولو تزوج امراة على دار على ان ترد المراة
عليه الفا فلا شفعة في شيء من الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الالف وجه قولهما ان الدار بعضها
مهر وبعضها مبيع فلئن تعذر ايجاب الشفعة في حصة المهر امكن ايجابها
في حصة المبيع فتجب في حصته وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يمكن
ايجاب الشفعة في حصة البيع الا بعد قسمة الدار وفي قسمتها تقويم
المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة على ما بينا ولان المهر في الدار هو
الاصل لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة
في الاصل كيف تجب في التابع ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع دارا
من المراة بذلك المهر او تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع دارا من المراة بمهر
المثل تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدا فتجب به الشفعة ولو تزوجها
على دار او تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها دارا مهرا لا تجب فيها الشفعة
لان هذا مبيع مبتدا فتجب به الشفعة ولو تزوجها على دار او تزوجها على
غير مسمى ثم فرض لها دارا مهرا لا تجب فيها الشفعة لان الفرض منه ليس
ببيع بل هو تقدير المهر فلا تجب به الشفعة والله اعلم ومنها ان يكون
المبيع عقارا او ما هو بمعناه فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة
العلماء وقال مالك هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في السفن وجه قوله

من شرط الشفعة ان يكون المبيع عقارا

ان الشفيعة احد المسكنين تجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الاخر
وهو العقار ولنا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا
شفعة الا في ربع او حايط ولان الشفعة في العقار انما وجبت لكونه سكنا
وانما وجبت لخوف اذى الدخيل وضرره على سبيل اللزوم وذلك لا يتحقق
الا في العقار او ما في معناه وهو العلو على ما نذكره وسوا كان العقار
محتملا للقسمة او لا يحتملها كالحمام والرحا والبير والنهر والعين والدور
الصغار عند اصحابنا وقال الشافعي لا تجب الشفعة الا في عقار محتمل القسمة
والكلام فيه يرجع الى اصل تقدم ذكره وهو ان الشفعة عندنا وجبت
معلولة بدفع ضرر الدخيل واذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل
القسمة وفيما لا يحتمل على السوا وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص
وهو دفع ضرر القسمة فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه تعليل
لمنع التعدية قد ابطلناه فيما تقدم وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال ان الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه
او علوه دون سفله او بيعا جميعا وجبت الشفعة اما السفل فلا شك فيه
لانه عقار واما العلو دون السفل فتجب فيها الشفعة اذا كان العلو
قايما استحسانا لان حق البنا متعلق به على سبيل التابيد فصار بمعنى
العقار فتجب فيه الشفعة ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة
لصاحب العلو عند ابي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد رحمه الله في
الزيادات وجه قول ابي يوسف ان البنا وان بطل فحق البنا قايم وانه
حق متعلق بالبقعة على الاستقرار والتابيد فكان بمنزلة البقعة وجه قول
محمد رحمه الله ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك او الحقوق او بجوار
الملك ولم يوجد شي من ذلك اما الشركة فظاهر لا شك وكذلك الجوار
لان الجوار كان بالبنا وقد زال البنا فلا تجب الشفعة وذكر في الزيادات فيمن

باع

تجب الشفعة في العلو لانه بمعنى العقار

باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحك خلافا
من مشايخنا من قال هذا قوله فاما على اصل ابي يوسف ينبغي ان لا يبطل
لانه يجعل حق البنا بمنزلة العرصة فصار كانه باع العرصة مع البنا فاحترق
البنا والله اعلم ومنها زوال ملك البايع عن المبيع لان الشفيع يملك
المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البايع استحال تملك
المشتري فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في البيع بشرط الخيار
للبايع لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه من حين وجود البيع ولو
كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك
البايع وحق الشفعة يقف عليه وكذا لو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة
لاجل خيار البايع ولو ثبت شرط الخيار للشفيع فلا شفعة له لان شرط
الخيار شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع
جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتدا وان
فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البايع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك
ان لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البايع او يجوز بمضي المدة فيكون له الشفعة
وخيار العيب والروية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك
البايع ومنها زوال حق البايع فلا تجب الشفعة في المشترا شرا فاسدا
لان للبايع حق النقض والرد الى ملكه ردا للفساد وفي ايجاب الشفعة
تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ باسباب مسقطة للفسخ كالزيادة وزوال
ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لان المانع قيام
حق الفسخ وقد زال كما لو زال بشرط الخيار له ثم اسقط الخيار وجبت
الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار كذا هذا ولو باعها
المشتري شرا فاسدا بيعا صحيحا فجا الشفيع فهو بالخيار ان شا اخذها
بالبيع الاول وان شا اخذها بالبيع الثاني لان حق الشفيع ثابت عند كل

لا تجب الشفعة في البيع بشرط الخيار للبايع

واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرايطه
فكان له الخيار غير انه ان اخذ بالبيع الثاني اخذ بالثمن وان اخذ بالبيع
الاول اخذ بقيمة المبيع يوم قبض لان الشفيع يتملك بما ملكه المشتري
والمشتري الثاني تملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك
بالمسمى وهو الثمن والمشتري الاول تملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد
يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم قبض لان المبيع بيعا
فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول ابي حنيفة
فيمن اشترى ارضا شراء فاسدا فبنى عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة
لان حق البايع في النقض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة
وعند ابي يوسف ومحمد لا يثبت لان حق البايع لم يبطل بالبناء فكان حق البايع قايما
والله اعلم وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من
وارثه بمثل قيمتها وشفيعها اجنبي انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت
عينا من اعيان ماله فاسد عنده الا اذا اجاز الورثة وان كان بمثل القيمة
ولا شفعة ولا شفعة في البيع الفاسد الا اذا اجاز فتجب الشفعة ولو
باعها من اجنبي بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده ايضا
لانه يصير كانه باعها من الوارث ابتدا لتحول ملك الصفقة اليه او لتقدر
صفقة اخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده وعندهما تجب الشفعة للوارث
لان العقد جايز هذا اذا باع بمثل القيمة فاما اذا باع وحابى بان باعها
بالفين وقيمتها ثلثة الاف فان باعها من الوارث وشفيعها اجنبي فلا شك
انه لا شفعة عند ابي حنيفة رحمه الله لان بيعها من الوارث بمثل القيمة
فاسد عنده فبالمحاباة اولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع
جايز ولكن يرفع قدر المحاباة فتجب الشفعة وان باع من اجنبي فكذلك
لا شفعة للوارث عند ابي حنيفة لان الشفيع ياخذها بملك الصفقة بالتحول اليه

او بصفقة مبتداة مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة وسوا
اجازت الورثة او لم تجز لان الاجازة محلها العقد الموقوف والشرا
وقع نافذا من المشتري لان المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الاجنبي فلغت
الاجازة في حق المشتري فتلغوا في حق الشفيع ايضا واما عندهما فقد
اختلفت الروايات فيه ففي رواية كتاب الشفعة من الاصل والجامع
لا شفعة له وفي رواية كتاب الوصايا له الشفعة وهي من مسايل
الجامع تعرف تمامه ان شا الله تعالى ومنها ملك الشفيع وقت الشرا
في الدار التي ياخذها بالشفعة لان سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب
انما ينعقد سببا عند وجود الشرط والانعقاد امر زايد على الوجود
واذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببا فلا شفعة له بدار يسكنها
بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشرا ولا بدار جعلها مسجدا
ولا بدار جعلها وقفا وقضى القاضي بجوازه او لم يقض على قول من يجيز الوقف
لانه زال ملكه عنها لا الى احد ومنها ظهور ملكه للمشتري عند
الانكار بحجة مطلقة وهي البينة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا
شرط ثبوته وعلى هذا يخرج ما اذا انكر المشتري كون الدار التي يشفع بها
مملوكة للشفيع انه ليس له ان ياخذ بالشفعة حتى يقيم البينة انها داره
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه
رواية اخرى ان هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج الى اقامة
البينة وهو قول زفر والشافعي وجه هذه الرواية ان الملك ثابت للشفيع
في هذه الدار لوجود سبب الثبوت وما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل ولان
اليد دليل الملك الا ترى ان من راى شيا في يد انسان حل له ان يشهد له
بالملك دل ان اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان للشفيع ظاهرا
وجه ظاهر الرواية ان سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاه وانما البقا

لا يشفع بدار الوقف

الملك بالتمام

بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الغير كحيوة المفقود وخبر الشهود
ونحو ذلك والحاجة هاهنا الى الزام المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري
وقوله اليد دليل الملك قلنا ان سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في
حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير والحاجة هاهنا الى الاستحقاق اليد تصلح للدفع لا للاستحقاق
على المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد وذكر عن ابي يوسف
فيمن ادعى على اخر دارا واقام البينة على ان هذه الدار كانت في يد
ابيه مات وهي في يده انه يقضى له بالدار فان جاء يطلب بها شفعة دار
اخرى الى جنبها لا يقضى له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يجعل القضا
باليد قضا بالملك على الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلى هذا يخرج القضا باليد لا يكون قضا بالملك
ما ذكر محمد رحمه الله انه قال في حايط بين دارين لكل واحد منهما عليه
خشبة ولا يعلم ان الحايط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدى الدارين انه
ان اقام الاخر بينة ان الحايط بينهما فهو احق من الجار لانه شريك وان لم
يقم بينة لم اجعله شريكا لان ملك الحايط بينهما لم يثبت الا بظاهر الاستعمال
بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة قال
قال ولو اقر البايع قبل البيع ان الحايط بينهما لم اجعل له بهذا شفعة بمنزلة
دار في يدي رجل اقر انها لاخر فبيعت الى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة
فلا شفعة له حتى يقيم البينة ان الدار داره لان الملك في الموضعين جميعا ثبت
بالاقرار وانه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر له في المسئلة الاولى وفي المسئلة الاقرار حجة قاصرة
الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتعدى الى المشتري وذكر في المنتقى
عن ابي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي انها له فبيعت دار الى جنب
داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان
وقد بعتها منه منذ سنة وقال هذا في وقت تعذر على الاخذ بالشفعة
او طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له البينة على المشتري

اما المقر فلا شك انه لا شفعة له لانه لا ملك له وقت البيع في الدار
باقراره بالبيع قبله واما المقر له فلما ذكرنا ان الملك الثابت بالاقرار
ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الاستحقاق
على المشتري وذكر الخصاف في اسقاط الشفعة ان البايع اذا اقر بسهم
من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشتري
صار شريك البايع في ذلك السهم والشريك مقدم على الجار ومن مشايخنا
من خطا الخصاف في هذا وقال تجب الشفعة للجار لان شركة المشتري
لم يثبت الا باقرار البايع والاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الجار وكان
على شفعته وكان يستدل بمسئلة الحايط والله اعلم ومنها ان لا تكون
الدار المشفوعة ملك الشفيع وقت البيع فان كانت لم تجب الشفعة
لاستحالة تملك الانسان مال نفسه وعلى هذا يخرج ما اذا باع الماذون
دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها ملك المولى
والعبد كالوكيل عنه في البيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين
فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فكان بمنزلة الاجنبي
وكذا اذا باع المولى دارا والماذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري وشرا كل واحد منهما من
صاحبه جايز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع
تملكا للمولى وتملك المملوك محال ولو اشترى الماذون والمولى شفيعها فان كان
عليه دين فللمولى الشفعة لان الملك بالشرا لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين
فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع تملكا للمولى وتملك المملوك محال
ولو اشترى الماذون والمولى شفيعها فان كان عليه دين فللمولى الشفعة وان
لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشترى المولى
دارا والماذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن فلا يتصو

الاخذ بالشفعة لما قلنا واما المكاتب اذا اشترى او باع دارا والمولى
شفيعها فله ان ياخذ بالشفعة سواء كان عليه دين او لم يكن لانه فيما يبيع ويشترى
مع المولى بمنزلة الاجنبي لانه حر يدا الا ترى انه لا سبيل لمولاه على ما في يده
فكان في حق ما في يده ملحقا بساير الاجانب والله اعلم ومنها عدم الرضا
من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضي بالبيع او بحكمه فلا شفعة له لان حق
الرضى بالشرا يبطل به الشفعة
الشفعة انما تثبت له دفعا لضرر المشترى فاذا رضي بالشرا او بحكمه فقد رضي
بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحا وقد يكون
دلالة اما الصريح فلا يشكل واما الدلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار
المشفوع فيها بان وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لان بيع
الشفيع دلالة الرضا بالعقد وبثبوت حكمه وهو الملك للمشترى وكذلك
المضارب اذا باع دار مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار اخرى
لا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار ربح او لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح
فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه
ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح اما في حصة رب
المال فلو ثبتت في حصة المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشترى وانه
لا يجوز ولان المشترى صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار
ولو كان الشفيع وكيلا بشرا الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله
الشفيع اذا كان وكيلا في الشرا لا شفعة له
فللشفيع الشفعة لان الشرا للغير لا يكون فوق الشرا لنفسه والشرا لنفسه
لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع اخر
كان له ان ياخذ النصف بالشفعة فالشرا للغير لان لا يمنع الوجوب اولى
ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان
كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم يجب الشفعة لان الاخذ
اذ الاخذ يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشترى

وانه يمنع وجوب الشفعة وان لم يكن في يده وفاء فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة
ايضا لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فللمضارب ان ياخذها
بالشفعة لنفسه لان له نصيبا في ذلك ولم يوجد منه الرضا بسقوط حقه
ولو اشترى اجنبي دارا الى جنب دار المضاربة فان كان في يد المضارب
وفاء بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة للمضاربة وله ان يسلم الشفعة لان
حق الاخذ فيملك تسليمه وان لم يكن في يده وفاء فان كان في الدار ربح فالشفعة
لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح
فالشفعة لرب المال خاصة والشفعة من حقوق الملك وعلى هذا يخرج
ما اذا باع الدار على ان يضمن الشفيع الثمن عن المشترى بضمن وهو حاضر حتى
جاز البيع لانه لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن من المشترى دلالة الرضا
بالبيع وحكمه لان تمام الصفقة وابرامه يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا
لو اشترى المشترى الدار على ان يضمن له الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو
اسلام الشفيع ليس بشرط
حاضر حتى جاز البيع لا شفعة للشفيع لانه لما ضمن الدرك فقد صار بالعقد
وحكمه وهو الملك للمشترى فلم تجب الشفعة واما اسلام الشفيع فليس
بشرط لوجوب الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللذمي على المسلم لان
هذا حق التملك على المشترى بمنزلة الشرا منه والكافر على المسلم في ذلك
سواء لانه من الامور الدنياوية وروي عن شريح رحمه الله انه قضى بالشفعة
لذمي على مسلم فكتب الى عمر رضي الله عنه فاجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم فيكون اجماعا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون
اجماعا ولو اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي او مسلم
وجبت الشفعة عند اصحابنا وقال الشافعي لا تجب بناء على ان ذلك ليس
بمال عنده اصلا حتى لم يكن مضمونا بالاتلاف اصلا ومن شرط وجوب الشفعة
معاوضة المال بالمال وعندنا هو مال متقوم في حق اهل الذمة بمنزلة الخل

والنساء لنا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا اخذ الدار بمثل
الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال بل من ذوات القيم
كالشاة وان كان مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير لان الاخذ تملك والمسلم
ليس من اهل تملك الخمر والخنزير ومتى تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة
كما لو كان الشرا بالعرض انه ياخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذلك الحرية
والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للماذون والمكاتب
ومعتق البعض والنسوان والصبيان والمجانين واهل البغي لانه حق مبني على
الملك وهولاء من اهل ثبوت الملك لهم الا ان الخصم فيما يجب للصبي وعليه
وليه الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه والجد اب الاب ووصيه
والقاضي ووصي القاضي فاذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه ان يطالب
بالشفعة وياخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري والولي
يملك ذلك كما يملك الشرا فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي
اذا بلغ عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه والصبي على
شفعته اذا بلغ وجه قولهما ان هذا حق ثبت للصبي فابطاله يكون ضررا في
حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصبي
على انسان والابراء عن كفالة بنفس او بمال ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا فتسليمه امتناع من الشرا
وللولي ولاية الامتناع من الشرا الا ترى من قال بعت هذا الشي لفلان
الصبي لا يلزم الولي القبول وهذا لان الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة
والمصلحة قد [illegible] الشرا وقد تكون في تركه والولي اعلم بذلك فيفوض اليه
وعلى هذا الخلاف اذا سكت الولي او الوصي عن الطلب انه يبطل حق الشفعة
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف وعند محمد وزفر لا يبطل وذكر في نوادر ابي
يوسف فيمن اشترى دارا وابنه الصغير شفيعها كان له ان ياخذ لابنه الصغير

الحرية والذكورة والبلوغ والعدالة ليست بشرط

للولي الامتناع عن الشرا للصبي

بالشفعة فان لم ياخذ وسلم لنفسه جاز لان الشرا لا ينافي الاخذ بالشفعة لان
كل واحد منهما تملك بعوض ولهذا لو كان وكيلا بالشرا لغيره كان له ان ياخذ
بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه اولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم
لانه امتناع من الاخذ ولو باع دارا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له ان ياخذ
بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فتنافي التمليك ولهذا لا يملك
الوكيل بالبيع لغيره ان ياخذ بالشفعة لنفسه واذا لم يملك الاخذ لا يملك التسليم
فلم يصح تسليمه ويوقف على حين بلوغ الصبي كما اذا لم يكن له ولي واما الوصي اذا
اشترى دارا لنفسه والصبي شفيعها لم يكن له ان ياخذ بالشفعة للصغير ولو سلم
الشفعة فالصغير على شفعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشرا لنفسه
فبالاخذ بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصغير والوصي لا يملك تمليك
ماله للصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة
لم يجز سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقي حق الصغير في الشفعة ياخذها اذا
بلغ والله اعلم **فصل** واما بيان ما يتاكد به حق الشفعة ويستقر به
فنقول وبالله التوفيق انه يتاكد ويستقر بالطلب والكلام في الطلب في
مواضع في بيان وقت الطلب وفي بيان شرطه وفي بيان كيفيته وفي بيان حكمه
اما وقته فالطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير اما طلب المواثبة فوقته
علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته
لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه
بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة
اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة رحمه الله يشترط [illegible] اما العدد
في المخبر رجلان او رجل وامراتان واما العدالة وقال [illegible] ومحمد لا
يشترط فيه العدد والعدالة حتى لو اخبره واحد بالشفعة عدلا كان المخبر او
فاسقا حرا او عبدا بالغا او صبيا ذكرا او انثى فسكت ولم يطلب على فور

احكام طلب الشفعة

الخبر على رواية الاصل او لم يطلب في المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما
اذ اظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم في الخبر عن عزل الوكيل وعن
خيار العبد وعن حجر المولى على ما ذكرنا في كتاب الوكالة هما يقولان العدد
والعدالة للاعتبار شرعا في المعاملات وهذا من باب المعاملة فلا يشترط
فيه العدد والعدالة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا اخبار فيه معنى الالزام
الا ترى ان حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيعتبر
فيه احد شرطي الشهادة وهي العدالة او العدد ولو اخبر المشتري الشفيع
بنفسه فقال قد اشتريته فلم يطلب بطلت شفعته وان لم يكن المشتري عدلا
كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله لان المشتري خصم وعدالة الخصم ليست
بشرط في الخصومات وقالوا في المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يعتبر في المخبر
العدد والعدالة والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس في
معنى الشهادة لخلوه عن الالزام حكما فلم يعتبر فيه احد شرطي الشهادة بخلاف
الاخبار عن البيع في باب الشفعة على ما بينا والله اعلم واما شرطه فهو ان
يكون على فور العلم ... الشفيع اذا كان قادرا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت
عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الاصل وروي عن محمد
رحمه الله انه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس او يتشاغل
عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخي ان هذا اصح
الروايتين وجه هذه الرواية ان حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا
للضرر عنه فيحتاج الى التامل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل
يتضرر بجواره ... شتري فياخذ بالشفعة او لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح
بدون العلم بالبيع ... جة الى التامل شرط المجلس في جانب المخيرة والقبول
كذا هنا وجه رواية ... ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
الشفعة لمن واثبها وروي عنه صلى الله عليه وسلم انما الشفعة كنشط عقال

احكام اشتراط العدد والعدالة في المخبر

شرط الطلب الفور

ان قيد مكانه ثبت والا ذهب وفي بعض الروايات انما الشفعة كحل عقال
ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق ضعيف متزلزل لثبوته
على مخالفة القياس اذ الاخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه ٣
لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا بالطلب على المواثبة واما
الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد
صح طلبه فيما بينه وبين الله تعالى وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة
على تقدير الانكار لان من الجائز ان المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب ولا
يصدقه في الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضي
على تقدير عدم التصديق لا انه شرط صحة الطلب ونظيره من اخذ لقطة
ليردها على صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تعالى بلا
خلاف وانما الحاجة الى الاشهاد عند ابي حنيفة رحمه الله لتوثيق الاخذ
للرد على تقدير الانكار لا انه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها
في ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا واذا طلب
على المواثبة فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته
من يشهد فبعث في طلب الشهود لم تبطل شفعته لما قلنا لان الاشهاد لاظهار
الطلب عند الحاجة لكن لا يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور لانه
بطل الفور فبطلت الشهادة على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا
قال وهو في المجلس ادعوا الي شهودا اشهدهم فجاء الشهود فاشهدهم
وتفريق الطلب لان المجلس قائم ولو اخبر ببيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت
شفعتها او قال سبحان الله فقد ادعيت شفعتها فهو على شفعته في رواية
محمد لان هذا يذكر لافتتاح الكلام به تبركا فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب
وكذلك اذا سلم او شمت العاطس لان ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض وهذا لم
يبطل به خيار المخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لان الانسان قد

يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره فكان السؤال
عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضا عنه وهذا كله
على رواية اعتبار المجلس فاما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته في هذه
المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة ولو اخبر بالبيع وهو في الصلوة فمضى فيها
فالشفيع لا يخلو من ان يكون في الفرض او في الواجب او في السنة او في النفل
المطلق فان كان في الفرض لا تبطل شفعته لان قطعه حرام فكان معذورا في
ترك الطلب وكذا اذا كان في الواجب لان الواجب ملحق بالفرض في حق العمل
وان كان في السنة فكذلك لان هذه السنن الراتبة في معنى الواجب سوا
كانت السنة ركعتين او اربعا كالاربع قبل الظهر حتى اخبر بعد ما صلى ركعتين
فوصل بهما الشفيع الثاني لم تبطل شفعته لانهما بمنزلة صلوة واحدة واجبة
وقال محمد اذا بلغ الشفيع البيع فصلى بعد الجمعة اربعا لم تبطل شفعته وان صلى
اكثر من ذلك بطلت شفعته لان الاربع بمنزلة واحدة سنة فصار
كالركعتين والزيادة عليها ليست بسنة وذكر محمد رحمه الله في الحيرة
اذا كانت في صلوة النفل فزادت على ركعتين بطل خياره لان كل شفع
من التطوع صلوة على حدة والله اعلم والغايب اذا علم بالشفعة فهو مثل
الحاضر في الطلب والاشهاد لانه قادر على الطلب الذي يتاكد به الحق
وعلى الاشهاد الذي يتوثق به الطلب ولو وكل الغايب رجلا لياخذ له
بالشفعة فذلك طلب منه لان في التوكيل طلبا وزيادة واذا طلب الغايب
على المواثبة واشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التي بينه وبين
حب البايع او المشتري [illegible] عليه لان تاجيل هذا القدر
للضرورة ولا ضرورة في الزيادة [illegible] المقهر فشرطه ان يكون على
فور الطلب الاول والاشهاد عليه واذا طلب على المواثبة واشهد
على فور ذلك شخص الى حب البايع او المشتري او الدار اذا كان قادرا

شرط الطلب الثاني وهو طلب التقرير

عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما ان يكون في يد البايع واما ان
يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع فالشفيع بالخيار ان شا طلب
من البايع وان شا طلب من المشتري وان شا طلب عند الدار واما الطلب
من البايع والمشتري فلان كل واحد منهما خصم البايع باليد والمشتري
بالملك وكان كل واحد منهما خصما فصح الطلب من كل واحد منهما
واما الطلب عند الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من
احد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته لانه فرط في
الطلب وان كان في يد المشتري فان شا طلب من المشتري وان شا عند
الدار ولا يطلب من البايع لانه خرج من ان يكون خصما لزوال يده ولا ملك له
فصار بمنزلة الاجنبي ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار وشخص الى البايع
للطلب منه والاشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الاعراض وفي الحقيقة
لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البايع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار
فليس على الشفيع ان ياتيها ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه لان الشفيع
اذا كان بحب الدار والعاقدان غايبان عن الدار للطلب والاشهاد
فان لم يشهد بطلت عنده وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض
عن الطلب هذا اذا كان قادرا على الطلب من المشتري او البايع او عند
الدار فاما اذا كان هناك حايل بان كان بينهما نهر مخوف او ارض مسبعة
او غير ذلك من المواضع لا تبطل شفعته بترك المواثبة الى ان يزول الحايل
واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة
طلب المواثبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول وكذا
تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف انه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير
معلوما الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه والله اعلم واما بيان

بيان كيفية الطلب

كيفية الطلب فقد اختلف فيه عبارات المشايخ روي عن محمد بن مقاتل
الرازي ان الشفيع يقول طلبت الشفعة واطلبها انا طالبها وعن محمد
بن سلمة انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن ابي جعفر الهندواني
رحمه الله انه لا يراعي فيه الفاظ الطلب بل لو اتى بلفظ يدل على الطلب
اي لفظ كان يكفي نحو ان يقول ادعيت الشفعة او سألت الشفعة ونحو ذلك
مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى
بكل لفظ يدل عليه يستوي كان بلفظ الطلب او بغيره واما حكم الطلب

حكم الطلب

فهو استقرار الحق فالشفيع اذا اتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه
لا يبطل بتأخير المطالبة بالاخذ بالشفعة ابدا ما لم يسقطها بلسانه وهذا
قول ابي حنيفة رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية
اخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة
بطلت شفعته ولم يوقت فيه وقتا وروي عنه انه قدره بما يراه القاضي
وقال محمد وزفر اذا مضى شهر بعد الطلبين ولم يطلب من غير عذر بطلت
شفعته وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول محمد وزفر ان حق
الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان
على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفي ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة ابدا
اضرار بالمشتري لانه لا يبني ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به
فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر لانه ادنى الآجال
فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتبطل شفعته
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والاصل
ان الحق متى ثبت للانسان لا يبطل الا بابطاله ولم يوجد لان تأخير المطالبة منه
لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء سائر الديون وقوله يتضرر المشتري ممنوع فانه
اذا علم ان للشفيع ان يأخذ بالشفعة فالظاهر انه يمتنع من البناء والغرس

خوفا

ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوتها

الشفعة

٤ك

خوفا عن النقض والقلع فان بنى وغرس فهو الذي اضر بنفسه فلا يضاف ذلك
الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع ولا يقال ان فيه
ضررا بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا كذا هذا والله اعلم
واما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق
ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الاصل نوعان اختياري واضطراري
فالاختياري نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة اما الاول
فنحو ان يقول الشفيع ابطلت او اسقطتها او ابرأتك عنها او سلمتها ونحو ذلك
لان الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيه استيفاء واسقاطا كالابراء
عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك وسواء علم الشفيع بالبيع او لم يعلم
بعد ان كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط
يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والابراء عن الحقوق بخلاف الاسقاط
من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا بعد العلم بالبيع والفرق يذكر
بعد هذا ان شاء الله تعالى ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط
الحق واسقاط بعد وجوبه ووجود سببه وجوبه محال ولو اخبر بالبيع
بقدر الثمن او جنس منه او من فلان فسلم ثم ظهر بخلافه هل يصح تسليمه
فالاصل في جنس هذه المسائل ان ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع في
التسليم صح التسليم وبطلت شفعته ولو كانت يختلف غرضه لم يصح وهو
على شفعته لان غرضه في التسليم اذا لم يختلف بين ما اخبر به وبين ما بيع
به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح واذا اختلف غرضه لم يقع التسليم محصلا
لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا في مسائل اذا اخبر ان الدار بيعت بالف
درهم فسلم ثم علم انها بيعت بالفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لاستكثاره
الثمن فاذا لم يصلح له باقل الثمنين فباكثرهما اولى فحصل غرضه بالتسليم
فبطلت شفعته ولو اخبر انها بيعت بالف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة

لا يصح تسليم الشفعة قبل البيع

اخبر بقدر الثمن او جنسه فسلم فظهر بخلافه

فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل
غرضه بالتسليم فبقي على شفعته ولو اخبر انها بيعت بالف درهم ثم تبين انها
بيعت بماية دينار فان كانت قيمتها الفا او اكثر فلا شفعة له وان
كانت اقل فهو على شفعته عند اصحابنا الثلثة وقال زفر له الشفعة في
الوجهين جميعا وجه قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة
واعتبار الحقايق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه
قد يتيسر عليه جنس ويتعذر الاخر فلم يقع التسليم محصلا لغرضه فبقي
على شفعته كما لو اخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم علم انها بيعت بشعير قيمته
مثل قيمة الحنطة ولنا ان الدراهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد
لانها اثمان الاشيا وقيمها تقوم الاشيا بها تقويما واحدا اعني انها تقوم بهذا
مرة وبهذا اخرى وانما يختلفان في القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتها
في الكثرة والقلة كما اذا اخبر انها بيعت بالف درهم او ماية دينار ثم
تبين انها بيعت باكثر او باقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما اذا اخبر
انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة او اقل
او اكثر لان هناك اختلف اذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق واختلاف
الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم ولو اخبر انها بيعت بالف درهم
فسلم ثم تبين انها بيعت بمكيل او موزون سوى الدراهم والدنانير او عددي
متقارب فالشفعة قايمة لان الثمن الذي وقع به البيع اذا كان من ذوات
الامثال فالشفيع ياخذ بمثله وانه جنس اخر غير الجنس الذي اخبر به الشفيع
فاختلف الغرض ولو اخبر انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت بعرض
مما ليس من ذوات الامثال وان كانت قيمته مثل الف او اكثر صح تسليمه
وان كانت قيمته اقل لم يصح وله الشفعة لان الشفيع هاهنا اخذ الشفعة
الدار بقيمة العرض لانه لا مثل له وقيمته دراهم او دنانير فكان الاختلاف راجعا
ال

الى القدر فاشبه الالف والالفين والالف وخمسماية على ما مر ولو اخبر
بشرا نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة ولو اخبر
بشرا الجميع فسلم ثم تبين انه اشترى النصف فالتسليم جايز ولا شفعة له و
هذا هو الرواية المشهورة في الفصلين وقد روي الجواب فيهما على القلب
وهو ان يكون التسليم في النصف تسليما في الكل والتسليم في الكل لا
يكون تسليما في النصف وجه هذه الرواية ان تسليم النصف لعجزه عن الثمن
ومن عجز عن القليل كان عن الكثير اعجز فاما العجز عن الكثير لا يدل على العجز
عن القليل وجه الرواية المشهورة ان التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر
وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد في الكل فاختلف الغرض فلم يصح
التسليم فبقي على شفعته واذا سلم الكل فقد سلم النصف ضرورة لانه داخل
في الكل فصار بتسليم الكل مسلما للنصف لان الشركة عيب فكان التسليم
بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الاولى ولو اخبر ان المشتري زيد
فسلم ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان التسليم للامن عن الضرر والامن
عن ضرر زيد لا يدل على الامن عن ضرر عمرو ولتفاوت الناس في الجوار
ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان له ان ياخذ نصيب عمرو
لانه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقي له الشفعة في المشترى نصيبه ولو اخبر
ان الدار بيعت بالف درهم فسلم ثم ان البايع حط عن المشتري خمسماية وقبل المشتري
الحط كان له الشفعة لان الحط يلتحق باصل العقد فتبين ان البيع كان بخمسماية
فصار كما اذا اخبر انها بيعت بالف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسماية ولو لم
يقبل الحط لم تجب الشفعة ولان الحط لم يصح اذ لم يقبل فلم يتبين انها بيعت
بانقص من الف فلم تجب الشفعة والله اعلم ولو باع الشفيع داره التي يشفع
بها بعد شرا المشتري هل تبطل شفعته فهذا لا يخلو اما ان كان البيع باتا
واما ان كان فيه شرط الخيار فان كان باتا لا يخلو اما ان باع كل الدار

واما ان باع جزوا منها فان باع كلها بطلت شفعته لان سبب الحق
وهو جوار الملك وقد زال سوا علم بالشرا او لم يعلم لان هذا في معنى
صريح الاسقاط لان ابطال سبب الحق ابطال فيستوي فيه العلم والجهل
فان رجعت الدار الي ملكه بعيب بقضاء او بغير قضاء او بخيار روية
او بخيار شرط للمشتري فليس له ان ياخذ بالشفعة لان الحق قد بطل فلا يعود
الا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعا فاسدا وقبضها المشتري
بطلت شفعته لزوال سبب الحق وهو جوار الملك وان نقض البيع فلا
شفعة له لما ذكرنا ان الحق اذا بطل لا يعود الا بسبب جديد وان
باع جزوا من داره فان باع جزوا شايعا منها فله الشفعة بما بقي لان ما
بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتدا فلان يصلح للبقا اولى لان البقا اسهل
من الابتدا وان باع جزوا معينا بيتا او حجرة فان كان ذلك لا يلي الدار
التي فيها الشفعة فكذلك لان السبب وهو جوار الملك قايم وان
كان مما يلي تلك الدار فان استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة بطلت
الشفعة لان الجوار قد زال وان بقي من حدها شي ملاصق لما بقي من الدار
فهو على شفعته لما ذكرنا ان هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتدا فلان
يصلح للبقا المستحق اولى وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبايع
وهو الشفيع فهو على شفعته ما لم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك
قايم لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة في مدة
الخيار كان ذلك منه نقضا للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقا الملك في
المبيع وذلك اسقاط الخيار ونقض البيع وان كان الخيار للمشتري بطلت
شفعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال السبب الحق وهو جوار
الملك وان كان الشفيع شريكا وجارا فباع نصيبه الذي يشفع به كان له
ان يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل احد السببين وهو الشركة بقي الاخر

وهو

وهو الجوار وهذا يستحق به الابتدا فلان يبقى به الاستحقاق اولى ولو
صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض — صالح الشفيع الخ ويبطل حق الشفعه
وبطل حق الشفعة اما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل لان
الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معنى
قايم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض
واما بطلان حق الشفعة في الشفعة فلانه اسقطه بالصلح فالصلح وان
لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف على العوض بل شي من الاموال
لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا
عوض وعلى هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف درهم فقالت
اخترتك لم يجب العوض واما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلانه
اسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا
تقف على العوض بل شي من الاموال لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض
بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلى هذا وبطل خيارها وكذا العنين
اذا قال لامراته بعدما خيرت بسبب العنة اختاري ترك الفسخ بالعقد
بالف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وفي الكفالة
بالنفس اذا اسقطها بعوض روايتان في رواية لا يجب العوض وتبطل — اذا صالح عن الكفالة بالنفس
الكفالة كما في الشفعة وفي رواية لا تبطل الكفالة وجه الرواية
الاولى انه اسقط الكفالة كما في الشفعة بعوض والاعتياض ان لم يصح
فالاسقاط صحيح لان صحته لا تقف على العوض وجه الرواية الاخرى انه
ما رضي بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط والله اعلم واما
بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على الرضا — بطلان الشفعه من طريق الدلاله
بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل
بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا ايضا وذلك نحو ما اذا علم بالشرا

فترك الطلب على الفور من غير عذر او قام عن المجلس او تشاغل عن
الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة
عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع
الدار من المشتري او سأله ان يوليه اياه او استاجرها الشفيع من المشتري
او اخذها مزارعة او معاملة وذلك كله بعد علمه بالشرا لان ذلك
كله دليل الرضا واما المساومة فلانها طلب تمليك بعقد جديد
وكذلك التولية لانها تمليك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان
وانه دليل الرضا بملك الملك واما الاستيجار والاخذ معاملة
ومزارعة فلانها تقرير الملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه
وفرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط هاهنا علم الشفيع بالشرا
لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط
في الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في نفس الحق فيستدعي
ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والابراء عن الديون والسقوط
هاهنا بطريق الدلالة وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق بل في
محل آخر والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع
اذ الرضا بالشيء بدون العلم به محال والله الموفق ولو سلم الشفعة
في النصف بطلت شفعته في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة
هل يكون ذلك تسليما منه الشفعة في الكل اختلف فيه ابو يوسف ومحمد
قال ابو يوسف لا يكون وقال محمد يكون تسليما في الكل الا ان يكون سبق
منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري فقال حينئذ اعطني
نصفها على ان اسلم اليك النصف الباقي فان هذا لا يكون تسليما وجه
قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد ابطل حقه في النصف الآخر
لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه

فيبطل

الرضا بالشيء بدون العلم به محال

فيبطل في النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشتري
بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب في الكل لانه لما طلب في الكل
فقد تقرر حقه في الكل فلم يكن قوله بعد ذلك اعطني النصف على ان
اسلم النصف الباقي تسليما بخلاف ما اذا قال ابتداء لان الحق لم يتقرر
بعد وجه قول ابي يوسف ان الحق ثبت له في كل الدار والحق اذا
ثبت لا يسقط الا بالاسقاط ولم يوجد فبقي كما كان فان شاء اخذ الكل
بالشفعة وان شاء ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا انه وجد منه
الاسقاط في النصف الذي لم يطلب من طريق الدلالة على ما بينا والله
اعلم واما الضروري فهو ان يموت بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة
فتبطل شفعته وهذا عندنا وعند الشافعي لا تبطل ولوارثه حق الاخذ
ولقب المسألة ان خيار الشفعة هل يورث عندنا والكلام فيه من الجانبين
على نحو الكلام في خيار الشرط وقد تقدم ذكره في كتاب البيع ولا تبطل
بموت المشتري وللشفيع ان ياخذ من وارثه لان الشفعة حق على المشتري
الا ترى انه مجبور عليه بالتملك فلا تسقط بموته نحو الرد بالعيب

فصل

واما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع
فيه يملك بالتملك وهو تفسير الاخذ بالشفعة فلا ملك للشفيع قبل
الاخذ بل له حق الاخذ والتملك قبل الاخذ للمشتري لوجود سبب الملك
فيه وهو الشرا فله ان يبني ويغرس ويهدم ويقلع ويواجر ويطيب له
الاجر وياكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذا له ان يبيع ويوصي واذا
فعل نفذ الا ان للشفيع ان ينقض ذلك بالاخذ بالشفعة لان حقه
سابق على تصرف المشتري فيمنع اللزوم ولو جعل المشتري الدار مسجدا
او مقبرة فللشفيع ان ياخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري كذا
ذكر في الاصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفعته وجه قوله ان المشتري

اذا مات الشفيع بطلت

لا تبطل بموت المشتري

الملك قبل الاخذ للمشتري

جعله مسجدا او مقبره

تصرف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع الا ان البيع ونحوه مما يحتمل النقض
بعد وجوده فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض
كالاعتاق فكان نفاذها لزومها ولنا ان تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع
من صيرورته مسجدا لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى وتعلق حق العبد
به يمنع خلوصه لله تعالى فيمنع صيرورته مسجدا وله ان ياخذ الدار المشتراة
بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك او الشركة في ملك المبيع
وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فبيعت دار الى جنب
هذه الدار وطلب المشتري بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع يقضى
له بالدار التي بجوارها ويمضي القضا في الثانية للمشتري اما للشفيع فظاهر
واما للمشتري فلان الجوار كان ثابتا له وقت البيع والقضا بالشفعة الا
انه بطل بعد ذلك باخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان
القضا بالشفعة له لانه لا تبين ان حق الملك لم يكن ثابتا كمن اشترى
دارا ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم باع داره التي بها يشفع انه لا
يبطل القضا له بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع جار الدارين
والمسئلة بحالها يقضى له بكل الدار الاولى وبالنصف من الثانية لانه جار
خاص الدار الاولى فيختص بشفعتها وهو مع المشتري جاران للدار الثانية
فيشتركان في شفعتها وشرا المشتري لا يبطل حقه في الشفعة ولانه
لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروي عن ابي يوسف رحمه الله
فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى رجل اخر نصفها الاخر فخاصمه المشتري
الاول فقضى له بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار في الشفعتين جميعا
ان الجار احق بشفعة النصف الاول ولا حق له في النصف الثاني لانه جار
للنصف الاول فياخذه بالجوار والمشتري شريك عند بيع النصف الثاني
لثبوت الملك في النصف الاول بسبب الشرا وثبوت الحق للشفيع في النصف
الاول

الاول بسبب الشرا وثبوت الحق للشفيع في النصف الاول لا يمنع ثبوت
الملك للمشتري فيه فكان شريكا عند بيع النصف الثاني والشريك مقدم
على الجار وكذلك لو اشترى نصفها الاول واخر رجل اخر فلم يخاصمه فيه
حتى اخذ الجار النصف الاول فالجار احق بالنصف الثاني لان الملك وان
ثبت للمشتري الاول في النصف الاول لكن قد بطل باخذ الجار بالشفعة
فبطل حقه في الشفعة ولو ورث رجل دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها
بالشفعة ثم بيعت دار الى جنب الثانية فاخذها بالشفعة ثم استحقت
الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فان المستحق باخذ الدار الثانية
والوارث احق بالثالثة لان بالاستحقاق تبين ان الدار التي تشفع بها الوارث
كان ملكا للمستحق فتبين ان الوارث اخذ الثانية بغير حق اذ تبين انه
لم يكن جارا فكانت الشفعة في الثانية للمستحق والوارث يكون احق بالثالثة
لان الملك كان ثابتا للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار
الملك ثابتا له عنده ثم بطل بالاستحقاق وبطلان الملك لا يوجب بطلان
الشفعة وليس للشفيع ان ينقض قسمة المشتري حتى لو اشترى نصف دار
من رجل مشاعا وقاسم المشتري البائع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية
ليس للشفيع ان ينقضها لياخذ نصفها مشاعا سوا كانت قسمته بقضا او
بغير قضا لان القسمة من تمام القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل
القسمة لان القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع
واذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بان
اشترى دارا وقبضها ثم حضر الشفيع فاراد ان ينقض قبضه لياخذها من البائع
لم يملك ذلك واذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو
القسمة بخلاف ما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع احدهما
نصيبه من رجل فقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ثم حضر الشفيع ان له ان

بطلان الملك لا يبطل الشفعة

ينقض القسمة لان القسمة هناك ليست من جملة القبض لانها حكم البيع الاول
لان البيع الاول كما اوجب الملك اوجب القسمة في المشاع والبيع الاول لم
يقع مع هذا المشتري الذي قاسم فلم يكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك
والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع نقضه كالبيع والهبة وللشفيع ان ياخذ
النصف الذي اصاب المشتري بالشفعة سواوقع نصيب المشتري من جانب
الشفيع او من جانب اخر لان الشفعة وجبت في النصف المشترا والنصف الذي
اصاب المشتري هو المشترا لان القسمة افراز ولو وقع نصيب البايع من جانب
الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع
فان قضى القاضي بالشفعة الاخيرة جعل نصف البايع بين الشفيع وبين المشتري
وقضى بالشفعة الاولى وهي نصف المشترا للشفيع لان الشفيع مع المشتري
جارات لنصف البايع والشفيع جار خاص لنصف المشتري ولو بدا فقضى
للشفيع بالشفعة الاولى قضى له بالاخيرة ايضا لانه لما قضى له بالشفعة
الاولى بطل جوار المشتري فلم يبق له حق الاخذ بالشفعة والله اعلم
وللشفيع ان يرد المشفوع فيه بخيار الروية والعيب وللمشتري حق الحبس للشفيع الرد بخيار العيب والروية
لاستيفاء الثمن لان الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الاخذ
بالشفعة شرا فيراعى فيه احكام البيع والله اعلم **فصل** واما
بيان طريق التملك بالشفعة وبيان كيفيته فالتملك بالشفعة يكون بيان طريق التملك بالشفعة وكيفيته
باحد طريقين اما بتسليم المشتري واما بقضا القاضي اما التملك بالتسليم
فظاهر لان الاخذ بتسليم المشتري برضاه يبدل يبدله الشفيع وهو الثمن
تفسير الشرا والشرا الملك واما بقضا القاضي فالكلام فيه في ثلثة مواضع
في بيان كيفية التملك بالقضا بالشفعة وفي بيان وقت القضا بالشفعة
اما الاول فالمبيع لا يخلوا اما ان يكون في يد البايع واما ان يكون في يد
المشتري فان كان في يد البايع ذكر الكرخي ان القاضي اذا قضى بالشفعة ينقض اذا كان المبيع في يد البايع

البيع الذي كان بين البايع وبين المشتري في المشهور من قولهم وروي عن ابي
يوسف انه لا ينقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض بل
يتحول الصفقة الى الشفيع وقال بعضهم ينقض البيع الذي جرى بين البايع وبين
المشتري وينعقد للشفيع بيع اخر كانه كان من البايع ايجابان احدهما مع
المشتري والاخر مع الشفيع فاذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع
الايجاب الذي اضيف اليه وانتقض ما اضيف الى المشتري سوا قبل
المشتري الايجاب الذي اضيف اليه او لم يقبل وجه قول من قال بالتحول
لا بالانتقاض ان البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه من شرط وجوب
الشفعة واذا انتقض لم تجب فتعذر الاخذ والله اعلم وجه قول من قال
انه ينتقض نص محمد رحمه الله والمعقول والاحكام اما الاول فقد ذكر محمد
رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين البايع والمشتري وهذا نص في الباب
واما المعقول فمن وجهين احدهما ان القاضي اذا قضى بالشفعة قبل القبض
فقد عجز المشتري عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفايدة
كما اذا هلك المبيع قبل القبض والثاني ان الملك قبل الاخذ بالشفعة
للمشتري لوجود اثار الملك في حقه على ما بينا فيما تقدم ولو تحولت تلك
الصفقة الى الشفيع لم يثبت الملك للمشتري واما الاحكام فان للشفيع
ان يرد الدار على من اخذها منه بخيار الروية واذا رد عليه لا يعود شرا
المشتري ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شرا المشتري لان التحول
كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغي ان
يعود الشرا ولانها لو تحولت اليه لصار المشتري وكيلا للشفيع لان
عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الروية اذا كان
المشتري راها قبل ذلك ورضي بها لان خيار الروية يبطل برويه الوكيل
ورضاه وكذا لو كان الشرا بثمن موجل وكذا لو اشتراها على ان البايع

برئ من كل عيب بها عند البيع ثم اخذها الشفيع فوجد بها عيبا
فله ان يردها على من اخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع
لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشتري فدلت هذه المسايل على ان شرا
المشتري ينتقض ويأخذها الشفيع بشرا مبتدا بعد ايجاب مبتدا مضاف
اليه والله اعلم وقد خرج الجواب عن قولهم ان البيع لو انتقض لتعذر الاخذ
بالشفعة لانه لا يأخذ بتلك الصفقة لانتقاضه بل بعقد مبتدا مقدر
بين البايع وبين الشفيع على ما بينا وتقديره والله الموفق وان كان المبيع في
يد المشتري اخذ منه ودفع الثمن اليه والبيع الاول صحيح لان التملك وقع (اذا كان المبيع في يد المشتري)
على المشتري فيجعل كانه اشتراه منه ثم اذا اخذ الدار من يد البايع يدفع
الثمن الى البايع وكانت العهدة عليه ويسترد المشتري الثمن من البايع
ان كان قد نقد وان اخذها من يد المشتري دفع الثمن الى المشتري
وكانت العهدة عليه لان العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق
ويكون على من قبض الثمن وروي عن ابي يوسف ان المشتري اذا كان
قد نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قبض الشفيع بحضرتهما ان الشفيع يأخذ
الدار من البايع وينقد الثمن للمشتري والعهدة على المشتري وان كان
لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البايع والعهدة على البايع لانه اذا كان نقد
الثمن للبايع فالتملك لا يقع على البايع اصلا لانه لا ملك له ولا يد ايضا
لبطلان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشتري فيكون الثمن له والعهدة
عليه واذا كان لم ينقد فللبايع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض
الدار الا بدفع الثمن الى البايع فكانت العهدة على البايع والله اعلم
واما شرط جواز القضا بالشفعة فحضرة المقضي عليه لان القضا على الغايب (شرط القضا بالشفعه)
لا يجوز وجملة الكلام فيه ان المبيع اما ان يكون في يد البايع واما ان يكون
في يد المشتري فان كان في يد البايع فلا بد من حضرة البايع والمشتري جميعا

لان كل واحد منهما خصم اما البايع فباليد واما المشتري فبالملك
فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضا على
الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وان كان في يد المشتري فحضرة
البايع ليست بشرط ويكتفي بحضرة المشتري لان البايع خرج من ان يكون
خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالاجنبي وكذا حضرة الشفيع
او وكيله شرط جواز القضا له بالشفعة لان القضا على الغايب كما لا (القضا للغايب وعليه لا يجوز)
يجوز فالقضا للغايب لا يجوز ايضا ثم القاضي اذا قضى بالشفعة ثبت الملك
للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان الملك للشفيع ثبت بالتملك
بمنزلة الشرا والشرا الصحيح يوجب الملك بنفسه واما وقت القضا بالشفعة (وقت القضا بالشفعه)
فوقته وقت المنازعة في الشفعة والمطالبة بها واذا طالب بها
الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سوا احضر الثمن او لا في ظاهر الرواية
وللمشتري ان يحبس الدار ليستوفي الثمن من الشفيع وكذا لوارثه لان التملك
بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري وللبايع حق حبس المبيع لاستيفا الثمن
فان ابى ان ينقد حبسه القاضي لانه ظهر ظلمه بالامتناع من ايفا حق
واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشتري اذا امتنع من ادا الثمن
انه يحبس ولا ينقض البيع وان طلب اجلا لنقد الثمن اجله يوما او يومين
او ثلثة ايام لانه قد لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من (المهلة ثلثة ايام لنقد الثمن)
النقد فيمهله ولا يحبسه لان الحبس جزا الظلم بالمطل ولم يظهر مطله
فان مضى الاجل ولم ينقد حبسه وقال محمد ليس ينبغي للقاضي ان يقضي بالشفعة
حتى يحضر الشفيع المال فان طلب اجلا اجله يومين او ثلثة ايام ولم يقض
له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم ابى الشفيع ان ينقد حبسه وهذا عندي
ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضي ان يقضي بالشفعة قبل احضار الثمن
بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله ليس ينبغي للقاضي ان يقضي بالشفعة حتى يحضر

الشفيع المال لا يدل على انه ليس له ان يقضي بل هو اشارة الى نوع احتياط
واختيار الاولى لا يستعمل لفظ لا ينبغي الا في مثله ولهذا لو قضى جاز
ونفذ قضاؤه نص عليه محمد رحمه الله وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد لان
قضا القاضي بمذهب المخالف في المجتهدات انما ينفذ بشرط اعتقاد اصابته
فيه وافضا اجتهاده فيه اليه وقد اطلق القضية في النفاذ من غير هذا
الشرط فدل انه لا خلاف في المسئلة على التحقيق وان ثبت الخلاف
فوجه قول محمد ان حق الشفعة انما ثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع
والقضا قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال افلاس الشفيع ودفع
الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضي له قبل الاحضار ولكنه دفع الضرر عن انسان باضرار غيره متناقض
يؤجله يومين او ثلثة ان طلب التاجيل تمكينا له من نقد الثمن وجه ظاهر
الرواية ان الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القاضي بالشفعة
كانه اشتراه منه والتملك بالشرا لا يقف على احضار الثمن كما في الشرا
المبتدا وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضي اجلا فقال له ان لم تات
بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يات به بطلت شفعته وكذا
اذا قال الشفيع ان لم اعطك الثمن الى وقت كذا فانا بري من الشفعة
لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل
التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك والله اعلم
واما بيان شرائط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان احدهما رضا شرط التملك بالشفعة
المشتري او قضا القاضي لان تملك مال الغير لا سبيل اليه في الشرع الا
بالتراضي او بقضا القاضي فلا يثبت الملك بدونهما والثاني ان لا يتضمن
الملك تفريق الصفقة على المشتري فان تضمن ليس له ان يتملك لان في التفريق
ضررا بالمشتري وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا
يخرج ما اذا اراد الشفيع ان ياخذ بعض المشترا بالشفعة دون البعض

انه هل يملك ذلك فجملة الكلام فيه ان المشتري لا يخلو اما ان يكون
ممتازا بعضه عن البعض واما ان لا يكون فان لم يكن بان اشترى دارا واحدة
فاراد الشفيع ان ياخذ بعضها دون البعض او ياخذ الجانب الذي يلي الدار
دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله ولكنه ياخذ
الكل او يدع لانه لو اخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري
لان الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد فكان اخذ البعض تفريقا فلا
يملكه الشفيع وسوا اشترى واحد من واحد او واحد من اثنين او اكثر
حتى لو اراد الشفيع ان ياخذ نصيب احد البائعين ليس له ذلك لما قلنا سوا
كان المشتري قبض او لم يقبض في ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عنه
ان للشفيع ان ياخذ نصيب احد البائعين قبل القبض وليس له ان ياخذ من
المشتري نصيب احدهما بعد القبض وجه هذه الرواية ان التملك قبل
القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه
عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد
القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشتري الا ترى ان العهدة عليه
وفيه تفريق ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الملك قبل القبض
للمشتري بصفقة واحدة فيملك نصيب احد البائعين تفريق ملكه فيلزم
ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل دارا فللشفيع ان ياخذ نصيب للشفيع ان ياخذ نصيب
احد الشريكين في قولهم جميعا لان الاخذ هاهنا لا يتضمن التفريق لان احد الشريكين
الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذ الملك في نصيب كل واحد
منهما ثبت بقبوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الاخذ تفريقا لحصول التفرق
قبله وسوا كان قبل القبض او بعده في ظاهر الرواية وروي انه
ليس للشفيع ان ياخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له ان ياخذ نصيب
احد المشتريين وجه هذه الرواية ان اخذ البعض قبل القبض تفريق اليد
بتفر

على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البائع
وانه لا يجوز الا ترى ان احد المشتريين لو اراد ان يقبض حصته دون
صاحبه ليس له ذلك وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة
حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون اخذ البعض تفريقا لحصول التفرق
قبل الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يتملك
نصيب احد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى انه لو نقد الثمن
ليس له ان يقبض احد النصفين ما لم ينقد الاخر كيلا يتفرق القبض وسوا سمى لكل
نصف ثمنا على حدة او سمى للكل ثمنا واحدا فالعبرة لاتحاد الصفقة
لا لاتحاد الثمن وسوا كان المشتري عاقدا لنفسه او لغيره في الفصلين
جميعا حتى لو وكل رجلان رجلا واحدا بالشرا فاشترى الوكيل من
رجلين فجا الشفيع ليس له ان ياخذ نصيب احد البايعين بالشفعة ولو وكل
رجلا واحدا رجلين فاشتريا من واحد فللشفيع ان ياخذ ما اشتراه احد
الوكيلين وكذا لو كان الوكلا عشرة اشتروا لرجل واحد فللشفيع
ان ياخذ من واحد او اثنين او ثلثة قال محمد رحمه الله وانما انظر في هذا الى
المشتري ولا انظر الى المشترى له وهو نظر صحيح لان الاخذ بالشفعة من
حقوق البيع وانها الى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده
دون الموكل والله اعلم وان كان المشترا بعضه ممتازا عن البعض بان
اشترى دارين صفقة واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ احديهما دون — اذا كان المشتري دارين
الاخرى فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ولكنه ياخذهما
جميعا او يدعهما وهذا قول اصحابنا الثلثة وقال زفر له ان ياخذ
احديهما بحصتها من الثمن وجه قوله ان المانع من اخذ البعض دون البعض
هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لانفصال كل واحدة من
الدارين عن الاخرى ولنا ان الصفقة وقعت مجتمعة لان المشتري ملك الدارين

بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما في الدار الواحدة وقوله
ليس فيه ضرر الشركة نعم لكن فيه ضررا اخر وهو ان الجمع بين الجيد
والردي في الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق اخذ احديهما
لاختار واخذ الجيد فيتضرر المشتري لان الردي لا يشترى وحده بمثل
ما يشترى مع الجيد فيتضرر به وسوا كانت الداران متلاصقتين
او متفرقتين في مصر واحد او في مصرين على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى
من الجانبين وان كان الشفيع شفيعا لاحديهما دون الاخرى ووقع — اذا كان شفيعا لاحديهما
صفقة واحدة فهل له ان ياخذ الكل بالشفعة روي عن ابي حنيفة
انه ليس له ان ياخذ الا التي تجاوره بالحصة وكذا روي عن محمد في الدارين
المتلاصقتين اذا كان الشفيع جار الاحديهما انه ليس له الشفعة الا فيما
يليه وكذا قال محمد رحمه الله في الاقرحة المتلاصقة وواحد منها يلي
ارض انسان وليس بين الاقرحة طريق ولا نهر انما هي مسناة انه لا — الذي يليه
شفعة له الا في القراح خاصة وكذلك في القرية اذا بيعت بدورها
واراضيها ان لكل شفيع ان ياخذ القراح الذي يليه وروى الحسن عن
ابي حنيفة ان للشفيع ان ياخذ الكل في ذلك بالشفعة قال الكرخي
رواية الحسن يدل على ان قول ابي حنيفة كان مثل قول محمد ثم رجع عن ذلك
فجعله كالدار الواحدة وجه الرواية الاولى ان سبب ثبوت الحق
وهو الجوار وجد في احديهما وهو ما يليه فلا يملك الا اخذ احديهما والصفقة
وان وقعت مجتمعة ولكنها اضيفت الى شيئين احدهما ثبت فيه حق الشفعة
والاخر لم يثبت فيه فله ان ياخذ ما يثبت فيه الحق كما اذا اشترى عقارا
ومنقولا صفقة واحدة انه ياخذ العقار خاصة كذا هذا وجه الرواية
الاخرى ان سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل الى
اخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفريق الصفقة فياخذ ما يليه قصدا للسبب

ويأخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة والله اعلم

فصل

واما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق ثمن المشتري لا يخلو اما ان
(ما يتملك به الشفيع)
يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما
ان يكون مما لا مثل له كالمذروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب
والعبد ونحو ذلك فان كان مما له مثل فالشفيع يأخذ بمثله لان فيه
تحقيق معنى الاخذ بالشفعة اذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشتري
وان كان مما لا مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال اهل المدينة
يأخذ بقيمة المشترى اوجه قولهم ان المصير الى قيمة المبيع عند تعذر ايجاب
المسمى هو الاصل في الشريعة كما في البيع الفاسد وههنا تعذر
الاخذ بالمسمى فصار الى قيمة الدار والعقار ولنا ان الاخذ بالشفعة تملك
بمثل ما تملك به المشتري من ذوات الامثال كان الاخذ تمليكا بالمثل
صورة ومعنى وان لم يكن من ذوات الامثال كان الاخذ بقيمته تملكا
بالمثل معنى لان قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين لهذا سميت قيمته
لقيامها مقامه فكان مثله معنى واما قيمة الدار فلا يكون مثل العبد
والثوب لا صورة ولا معنى فالتملك بها لا يكون تملكا بالمثل فلا يتحقق
معنى الاخذ بالشفعة والله اعلم ولو تبايعا دارا بدار فللشفيع كل
واحد من الدارين ان يأخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال
فلا يمكن الاخذ بمثلها فيأخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج
ما اذا اشترى دارا بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما
(اشترى دارا بعرض فهلك قبل القبض بطل البيع وتجب الشفعة)
بين البائع والمشتري وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشتري قبض
الدار ولم يسلم العرض حتى هلك اما بطلان البيع فيما بين البائع والمشتري
فلان العرض مبيع اذ المبيع في الاصل ما يتعين بالتعيين في البيع والعرض يتعين
بالتعيين في البيع فكان مبيعا وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع

لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فيبطل واما
بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة
مقدور التسليم في حقه فكان بقاء العرض في حق الشفيع وهلاكه
بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما اعطي بدلا عن
الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري
والمشتري تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فيأخذ الشفيع
به حتى لو اشترى الدار بالدراهم او الدنانير ثم دفع مكانها عرضا فالشفيع
يأخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض لان الدراهم او الدنانير هي الواجب
بالعقد واما العرض فانما اخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن
واجبا بالعقد فصار كان البائع اشترى بالثمن عرضا ابتداء ثم حضر
الشفيع ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله اعلم
ولو زاد المشتري للبائع في الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع لان الشفيع
(الزيادة في الثمن لا تلزم الشفيع)
انما يأخذ بما وجب بالعقد والزيادة ما وجبت بالعقد في حق الشفيع
لانعدامها وقت العقد حقيقة الا انها جعلت موجودة وقت العقد
في حق المتعاقدين تصحيحا لتصرفهما فلا يظهر الوجود في حق الشفيع فلم
تكن الزيادة ثمنا في حقه بل كانت هبة مبتداة فلا تتعلق بها الشفعة
كالهبة المبتداة ولو حط البائع عن المشتري بعض الثمن او ابرأه عن البعض
(الحط والابراء)
فالشفيع يأخذ بما بقي لان حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع
كأن العقد ما ورد على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر
في حق الشفيع لما بينا ولان في تصحيح الزيادة ثمنا في حق الشفيع ضررا به ولا
ضرر عليه في الحط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه
شيء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا
بلا ثمن فلم يصح الحط في حق الشفيع والتحق في حقه بالعدم فيأخذ بجميع الثمن

اذا كان الثمن موجلا

وصح في حق المشتري وان كان ابراه عن الثمن ولو اشترى دارا بثمن موجل
فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بثمن حال وان شا انتظر مضى الاجل فاخذها
عند ذلك وليس له ان ياخذها للحال بثمن موجل لان الشفيع انما ياخذها
وجب بالبيع والاجل لم يجب بالبيع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد
في الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع بان اشترى على انه بالخيار
لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراءة عن العيب لا يثبت
في حق الشفيع لان ثبوتها بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله ان

شرط البراءة عن العيب لا يثبت في حق الشفيع

يمتنع من الاخذ في الحال لان الشفيع غير مجبور على الاخذ بالشفعة ولو
اختار الشفيع اخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبايع على المشتري الى اجله
لان الاخذ من المشتري يملك منه بمنزلة التملك المبتدا كانه اشتراه
منه فلا يوجب بطلان البيع الاول فبقي العقد الاول على حاله فكان الثمن
على حاله الى اجله وروى عن ابي يوسف في شرا الدار بثمن موجل انه
يجب على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الى حين محل الاجل
فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة
وان لم يطلب عند علمه بالبيع وجه قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت
العلم بالبيع ووقت الاجل بعد ذاك وقت الاخذ بالشفعة وانه يكون
بعد الطلب فاذا لم يطلب عند العلم بالبيع واخره الى حل الاجل فقد
اخره عن وقته من غير عذر فيبطل الحق وجه قوله الاخر ان الطلب لا
يراد لعينه بل للتاكد الحق واستقراره والتاكد لا يراد لنفسه بل للامكان
الاخذ وله ان لا ياخذ قبل حل الاجل فله ان لا يطلب قبل حله ايضا والله
الموفق للصواب **فصل** واما بيان ما يتملك بالشفعة فالذي يتملكه

بيان ما يتملك بالشفعة

الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشرا سوا ملكه اصلا او
تبعا بعد ان يكون متصلا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البنا والشجر

والزرع

والزرع والثمر بالشفعة ووجه القياس ان الشفيع انما يملك ما ثبت فيه
حق الشفعة وانه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الاشيا منقوله فلم يثبت
فيها الحق فلا يتملك وبخاصه الزرع والثمر لانهما مبيعان مقصودان لا يدخلان
في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيها لا اصلا ولا تبعا ولنا ان الحق اذا
ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشيا
تابعة للعقار حالة الاتصال اما البنا والشجر فظاهر لان قيامهما بالارض
وكان تابعا للارض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيتملكها بالشفعه
بطريق التبعية لا انهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعيد
حقيقة بالنص وهو ما روينا في كتاب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبايع الا ان يشترطها المبتاع فما
دام البنا او الشجر متصلا بالارض فللشفيع ان ياخذ الارض معه بالثمن
الاول وكذا له ان ياخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمر الاول بقلا كان
الزرع او مستحصدا اذا كان الزرع متصلا فاما اذا زال الاتصال
ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وان كان عينه قايمة سوا كان
الزوال بافة سماوية او بصنع المشتري او بصنع الاجنبي لان حق الشفعة
في هذه الاشيا انما ثبت معدولا به عن القياس معلولا بالتبعيته
وقد زالت التبعيه بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الى اصل القياس
وهل يسقط عن الشفيع حصته بالثمن هذا لا يخلو اما ان كان مما لا يدخل
في العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية فان
كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبنا والشجر ينظر ان كان زوال
الاتصال بافة سماوية بان احترق البنا او غرق وجف شي من شجر البستان
لا يسقط شي من الثمن والشفيع ياخذ الارض بجميع الثمن ان شا وان شا
ترك وكذلك لو انهدمت الدار سوا بقي عين النقض او هلك كذا ذكر القدوري

في مختصره وسوى بينه وبين الغرق والحرق وفرق الكرخي وقال اذا احترق
او غرق ولم يبق منه شيء لا يسقط شيء من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع
حصته من الثمن وسوى بينه وبينهما اذا انهدم بفعل الاجنبي او المشتري
لكنه فرق بينهما من وجه اخر وهو ان هناك يعتبر قيمته متصلا فيقسم الثمن
على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة الارض فياخذ الارض بحصتها من الثمن وههنا
يعتبر منفصلا ساقطا ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح ما ذكره
القدوري لان البناء تبع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا ان تصير مقصودة
بالفعل وهو الاتلاف او القبض ولم يوجد ولهذا لو احترق او غرق لا
يسقط شيء من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشتري او
الاجنبي بان هدم البناء او قطع الشجر يسقط حصته من الثمن لانه صار
مقصودا بالاتلاف فصار له حصة من الثمن كاطراف العبد ويقسم
الثمن على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البناء
وصار مضمونا عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبني
فيعتبر قيمته مبنيا بخلاف ما اذا انهدم بنفسه على رواية الكرخي لانه انهدم
لا بصنع احد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم يهدم المشتري البناء لكنه باعه
بغير ارض ثم حضر الشفيع كان احق بالبناء والارض فياخذ وينقض البيع
في البناء لانه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعا للارض لوجود الاتصال
فكان بسبيل من ابطال البيع كما لو باع الاصل وهو الارض ثم حضر الشفيع
ان له ان ياخذ وينقض البيع لما قلنا كذا هذا وان كان مما لا يدخل في
العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن
سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد او بافة سماوية بخلاف الفصل
الاول اذا احترق البناء او غرق او انهدم على رواية القدوري انه لا
يسقط شيء من الثمن لان البناء مبيع تبعا لا مقصودا لثبوت حكم البيع فيها تبعا

لا

لا مقصودا بالتسمية والاتباع لا حصة لها من الثمن الا اذا صارت
مقصودة بالفعل ولم يوجد فاما الثمر والزرع فكل واحد منهما مقصود
الا ترى انه لا يدخل في العقد من غير تسمية فلا بد وان يخصه شيء من الثمن
فاذا هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه او بالاستهلاك
لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد لانه اخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته
يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الزرع يوم العقد
لكنه كيف تعتبر قيمته وقت العقد مفصولا مجذوذا ام قائما وروي عن
ابي يوسف انه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصولا ومجذوذا فيسقط
عنه ذلك القدر وروي عن محمد في النوادر انه تعتبر قيمته قائما فيقوم
الارض وفيها الزرع والثمر ويقوم وليس فيها الزرع والثمر فيسقط عن
الشفيع ما بين ذلك وجه قول محمد ان الزرع دخل في العقد وهو
متصل ويثبت الحق فيه وهو منفصل وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة
الاتصال على ان في حالة الاتصال اضرارا بالشفيع اذ ليس للفصيل والثمر
المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع وجه قول ابي يوسف ان حق الشفيع
انما سقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتهما منفصلا لا متصلا وكذا
لو كانت الارض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع ففصله المشتري
عند ابي يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض فيسقط قدر
قيمة البذر عن الثمن وعند محمد يقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيسقط
عنه ما بين ذلك والله اعلم ثم اذا اخذ الشفيع الارض مع الشجر بحصتها
من الثمن وبقيت الثمرة في يد البائع هل يثبت الخيار للمشتري ذكر محمد رحمه الله
ان الثمرة لازمة للمشتري ولا خيار له ولو كان البائع اتلف الثمرة قبل ان
ياخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الارض بحصتها
من الثمن وان شاء ترك لانه لما اتلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشتري

اعتبارهم

قبل التمام من غير رضاه وانه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع
اخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل برضى المشتري لان حق الشفيع
كان ثابتا في الماخوذ وانه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت
لازم شرعا فكان المشتري راضيا به والتفريق المرضي لا يوجب الخيار
والله اعلم هذا اذا كانت الاشيا موجودة عند العقد متصلة
بالعقار ودام الاتصال الى وقت التملك بالشفعة او زال ثم حضر
الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد وحدث بعده ثم حضر
الشفيع فان كانت الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعا وهو الثمر
بان وقع البيع ولا ثمر في الشجر ثم حضر الشفيع فان كانت الحادث
مما يثبت حكم البيع فيه تبعا وهو الثمر بان وقع البيع ولا ثمر في الشجر
ثم اثمر بعده ثم حضر الشفيع فما دام متصلا ياخذه الشفيع مع الارض
بالثمن الاول استحسانا لانه ثبت تبعا لثبوته في الارض بواسطة الشجر
فان كان حدث في يد المشتري او في يد البايع لان التبعية موجودة
في الحالين فان زال الاتصال ثم حضر الشفيع فان كان حدث في يد المشتري
فالشفيع ياخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شا وان شا ترك ولا يسقط
شي من الثمن سوا كان زواله بافة سماوية وهو قايم بعد الزوال او
هالك او كان زواله بفعل احد اما اذا كان بافة سماوية وهو قايم او
هالك فظاهر لانه هالك كان تبعا حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل
يصير به مقصودا والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه واما اذا كان
الزوال بصنع العبد بان جذه المشتري وهو قايم او مستهلك فلانه
لم يرد عليه العقد ولا القبض وان كان حدث في يد البايع فان كان الزوال
بافة سماوية وهو قايم او هالك فكذلك اخذ الشفيع الارض والشجر
بجميع الثمن ان شا لانه لم يوجد فعل يصير مقصودا فيقابله الثمن وان كان

بفعل

بفعل البايع بان استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته
مقصودا بالاتلاف وان كان الحادث لا يثبت فيه حكم البيع راسا لا
اصلا ولا تبعا بان بنا المشتري بنا او غرس او زرع ثم حضر الشفيع يقضي
له بشفعة الارض ويجبر المشتري على قلع البنا والغرس وتسليم
الساحة الى الشفيع الا اذا كان في القلع نقصان بالارض فللشفيع
الخيار ان شا اخذ الارض بالثمن والبنا او الغرس بقيمته مقلوعا وان
شا اجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن
ابي يوسف انه لا يجبر المشتري على قلع البنا والغرس ولكنه ياخذ الارض
بثمنها والبنا والغرس بقيمته قايما غير مقلوع ان شا وان شا ترك وبه
اخذ الشافعي واجمعوا على ان المشتري لو زرع في الارض ثم حضر الشفيع انه
لا يجبر المشتري على قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضي له بالشفعة
فيا خذ الارض بجميع الثمن وجه رواية ابي يوسف رحمه الله ان في الجبر
على النقض ضررا بالمشتري وهو ابطال تصرفه في ملكه وفيما قلنا مراعاة
الجانبين اما جانب المشتري فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال
واما جانب الشفيع فلانه ياخذ البنا بقيمته واخذ الشي بقيمته لا ضرر
فيه على احد وجه ظاهر الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل
البنا ولم يبطل ذلك بالبنا بل بقي فاذا قضي له بالشفعة فقد صار ذلك
الحق ملكا له فيومر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض
فيومر بالنقض ولهذا امر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض
كذا هذا قوله في النقض ضرر بالمشتري قلنا ان كان فيه ضرر به فهو
الذي اضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق غيره ولو اخذ الشفيع الارض
بالشفعة وبنى عليها ثم استحقت وامر الشفيع بنقض البنا فان الشفيع يرجع
على المشتري بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البنا ان كان اخذها منه ولا على

بنا المشتري او غرس

البايع ان كان اخذ منه في ظاهر الروايات وروي عن ابي يوسف انه
يرجع عليه وجه هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري
ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا اذا اخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة
البنا في الشرا لوجود الغرور من البايع وضمان السلامة للمشتري

حكم الغرور

لان كل بايع مخبر للمشتري انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبني
فيه دلالة فاذا لم يسلم يرجع بحكم الضمان المشروط دلالة اذ ضمان
الغرور ضمان الكفالة في الحقيقة ولا غرور من المشتري في حق الشفيع
لانه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور
كالجارية المأسورة اذا اشتراها رجل فاخذها المالك القديم بالثمن
واستولدها ثم استحقت من يده وقضي عليه بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع
على المشتري بالثمن الذي دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله اذا
استولد جارية بالشرا ثم استحقت فان المشتري يرجع على بايعه بالثمن وقيمة
الولد لصيرورته مغرورا من جهته ولا غرور من المشتري من الحربي
لكونه مجبورا في التملك عليه بما اخذ من الحربي كذا هذا والله اعلم

بيان من يتملك منه المشفوع فيه

فصل واما بيان من يتملك منه الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من
من الذي في يده ان كان في يد البايع اخذ منه ونقد الثمن والعهدة عليه
وان كان في يد المشتري اخذ منه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه سوا
كان المشتري عاقدا لنفسه او لغيره بان كان وكيلا بالشرا وقبض الوكيل
ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا
ياخذها من يد الوكيل وجه هذه الرواية ان الوكيل لم يشتر لنفسه
وانما اشترى لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم هو الوكيل فلا ياخذ منه
ولكن يقال له سلم الدار الى الموكل فاذا سلم ياخذها الشفيع منه وجه
ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانها راجعة الى الوكيل

والوكيل

والوكيل في الحقوق اصل بمنزلة المشتري لنفسه فكان خصم الشفيع فياخذ
الدار بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان سلم الوكيل الدار الى الموكل
ثم حضر الشفيع فانه ياخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه وكانت
العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الى الموكل
زالت يده عن الدار فخرج من ان يكون خصما بمنزلة البايع اذا سلم الدار الى
المشتري انه لا خصومة للشفيع مع البايع لما قلنا كذا هذا الا ان الدار
اذا كانت في يد البايع لم يكن خصما ما لم يحضر المشتري واذا كانت في يد
الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قام مقام الموكل
والبايع ليس بقايم مقام المشتري لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشتري
قبل ان يخاصمه الشفيع في الشفعة انما اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر
الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لانه اقر قبل ان يصير خصما للشفيع
فصح اقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ولو
اقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم في هذا
الاقرار لصيرورته خصما للشفيع فلا يقبل في ابطال حقه ولو اقام بينة
انه قال قبل الشرا انا اشتري لفلان لا تقبل بينته لان هذه البينة لو
صدقت لم يدفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشرا لفلان وبهذا
لا يندفع عنه الخصومة وروي عن محمد رحمه الله انها لا تقبل لاثبات الملك
للغايب وتقبل لدفع الخصومة عنه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له والله اعلم

اختلاف الشفيع والمشتري

فصل واما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري فاختلافهما لا
يخلو اما ان يرجع الى الثمن واما ان يرجع الى المبيع واما ان يرجع الى صفة
البيع اما الذي يرجع الى الثمن فلا يخلو اما ان يقع الاختلاف في جنس
الثمن واما ان يقع في قدره واما ان يقع في صفته فان وقع في الجنس بان
قال المشتري اشتريت بماية دينار وقال الشفيع لا بل بالف درهم فالقول

قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر
فكان القول قول المنكر مع يمينه ولان المشتري اعرف بجنس الثمن من الشفيع
لان الشرا وجد منه لا من الشفيع فكان اعرف من الشفيع فيرجع في معرفة
الجنس اليه وان وقع الاختلاف في قدر الثمن بان قال المشتري اشتريت بالفين
وقال الشفيع بالف فالقول قول المشتري مع يمينه وعلى الشفيع البينة انه
اشتراه بالف لان الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن
والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر ولو صدق البايع الشفيع بان قال
بعت بالف ينظر في ذلك ان كان البايع لم يقبض الثمن فالقول قول البايع
والشفيع ياخذ بالالف سوا كان المبيع في يد البايع او في يد المشتري اذا
لم يكن نقد الثمن لان البايع اذا لم يكن قبض فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع
في مقدار ما يملك به الى قوله ولان الشرا لو وقع بالف كما قال البايع
اخذ الشفيع به وان وقع بالفين كما قاله المشتري كان قول البايع بعت
بالف حط بعض الثمن عن المشتري وحط بعض الثمن يصح ويظهر في حق الشفيع
على ما مر وان كان البايع قبض الثمن لا يلتفت الى تصديقه والقول قول
المشتري لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع اصلا وصار اجنبيا فالتحق
تصديقه بالعدم وقيل انه يراعي التقدم والتاخير في تصديق البايع بان بدا
بالاقرار بالبيع بان قال بعت الدار بالف وقبضت الثمن فالشفيع ياخذ بالف
وان بدا بالاقرار بقبض الثمن بان قال قبضت الثمن وهو الف لا يلتفت الى قوله
لانه لما بدا بالاقرار بالبيع بان قال بعت الدار بالف وقبضت الثمن فالشفيع
ياخذ بالف وان بدا بالاقرار بما بعت بالف فقد تعلق به حق الشفعة
فهو بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق واذا
بدا بالاقرار بقبض الثمن فقد صار اجنبيا فلا يقبل قوله في مقدار الثمن وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض

الثمن

اختلف البائع والمشتري والشفيع

الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان المبيع اذا كان في يد البايع
فالتملك يقع عليه فكان القول قوله في مقدار الثمن ولو اختلف البايع
مع المشتري والشفيع والدار في يد البايع او المشتري لكنه لم ينقد
الثمن فالقول في ذلك قول البايع والبايع مع المشتري يتحالفان ويترادان
والشفيع ياخذ الدار بما قال البايع ان شا اما التحالف والتراد فيما بين
البايع والمشتري فلقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا واما اخذ الشفيع بقول البايع ان شا فلانه اذا لم يقبض
فالتملك يقع فكان القول في مقدار الثمن في حق الشفيع قوله وان كان البايع
قد قبض الثمن فلا يلتفت الى قوله لانه صار اجنبيا على ما بينا هذا اذا لم يكن

قامت البينة

لاحدهما بينة لا للشفيع ولا للمشتري فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف بينة المشتري وجه قوله ان بينة المشتري تظهر زيادة فكانت اولى
بالقبول كما اذا اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن فقال البايع بعت
بالفين وقال المشتري بالف واقاما جميعا البينة ان البينة بينة البايع لما
قلنا والجامع بينهما من وجهين احدهما ان الزيادة التي تظهرها احدى البينتين
لا معارض لها فتقبل في قدر الزيادة لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالقبول

البينة المثبتة للزيادة اولى بالقبول

في الكل فتقبل في الكل ضرورة والثاني ان البينة المظهرة للزيادة
مثبتة والاخرى نافية والمثبت يترجح على النافي ولابي حنيفة رحمه الله
طريقان احدهما ذكره ابو يوسف لابي حنيفة رحمهما الله ولم ياخذ بها والثاني
ذكره محمد رحمه الله لابي حنيفة رحمهما الله واخذ به اما الاول فهو ان
البينة جعلت حجة للمدعي قال النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي والمدعي
ها هنا هو الشفيع لانه غير مجبور على الخصومة في الشفعة اذا تركها ترك
والمجبور مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعي منهما

المشتري ظاهر

هو الشفيع فكانت البينة حجته واما الثاني فهو ان البينة حجة من حجج الشرع
فيجب العمل بها ما امكن وها هنا امكن العمل بالبينتين في حق الشفيع بان يجعل
كانه جعل عقدان احدهما بالف والاخر بالفين لان البيع الثاني لا يوجب
انفساخ البيع الاول في حق الشفيع وان كان يوجب ذلك في حق العاقدين الا
ترى انه لو باع بالف ثم باع بالفين ثم حضر الشفيع كان له ان ياخذ الدار بالف
دل ان البيعين قايمان في حق الشفيع وان الفسخ الاول في حقهما فامكن بتقدير
عقدين بخلاف ما اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة
ان البينة بينة البايع اما على الطريق الاول فلان البايع هناك هو المدعي
فكانت البينة حجته الا ترى انه لا يجبر على الخصومة والمشتري مجبور عليها
وها هنا بخلافه على ما بينا واما على الطريق الثاني فلان تقدير عقدين
هناك متعذر لان البيع الثاني يوجب انفساخ البيع الاول في حق العاقدين
فكان العقد واحدا فرجحنا جانب البايع لانفراد بينته باظهار فضل فكانت
اولى بالقبول والله اعلم ولو اشترى دارا بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض
وانتقض البيع فيما بين البايع والمشتري او كان المشتري قبض الدار ولم يسلم
العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقي حق الشفعة بقيمة العرض
على ما بينا فيما تقدم ثم اختلف الشفيع والبايع في قيمة العرض فالقول قول
البايع مع يمينه لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر
فان اقام احدهما بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فالقول قول
البايع عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابي حنيفة على قياس العلة التي ذكرها
محمد لابي حنيفة رحمه الله في تلك المسألة اما عند ابي حنيفة فظاهر لان
بينة البايع انفردت باثبات زيادة وكذلك عند محمد على قياس ما ذكر
لابي حنيفة في تلك المسألة واخذ به لان تقدير عقدين ها هنا غير ممكن لان
1 العقد وقع على عرض بعينه وانما اختلفا في قيمة ما وقع عليه العقد فكان

البيع الثاني لا يفسخ البيع الاول في حق الشفيع

البيع الثاني يفسخ للاول في حق المتبايعين

العقد واحدا فلا يمكن العمل بالبينتين فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البايع
لانفرادها باظهار الفضل وكذلك عند ابي حنيفة على قياس ما علل
له محمد رحمة الله عليهما واما على قياس ما علل له ابو يوسف فينبغي ان تكون
البينة بينة الشفيع لانه هو المدعي وكذا ذكر الطحاوي والله اعلم ولو
هدم المشتري بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا
في قيمة البناء واتفقا على ان قيمة الساحة الف واما ان اختلفا في قيمة
البناء والساحة جميعا فان اختلفا في قيمة البناء لا غير فالقول قول المشتري
مع يمينه لان الشفيع يدعي على المشتري زيادة في السقوط وهو ينكر فان
اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعا فان الساحة تقوم والقول في قيمة البناء
قول المشتري اما تقويم الساحة الساعة فلانه يمكن قيمة معرفة قيمتها
للحال فيستدل بالحال على الماضي ولا يمكن تحكيم الحال في البناء لانه تغير عن
حاله والقول قول المشتري لما قلنا فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا البينة قال ابو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول
ابي حنيفة وقال محمد البينة بينة المشتري على قياس قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشتري لانها تظهر زيادة وانما اختلفا
في القياس على قول ابي حنيفة لاختلاف الطريقين الذين ذكرناهما في تلك المسألة
فطريق ابي يوسف ان الشفيع هو المدعي والبينة حجة المدعي وهذا موجود ها هنا
وطريق محمد العمل بالبينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير متعذر ها هنا فيعمل
باحدى البينتين وهي بينة المشتري لانفرادها باظهار زيادة والله اعلم وان
اختلفا في صفة الثمن بان قال المشتري اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل
اشتريت بثمن مؤجل فالقول قول المشتري لان الحلول في الثمن اصل والاجل عارض
فالمشتري يتمسك بالاصل فيكون القول قوله ولان العاقد اعرف بصفة
الثمن من غيره ولان الاجل يثبت بالشرط فالشفيع يدعي عليه شرط التاجيل

البينة المثبتة للزيادة

القول قول من يتمسك بالاصل

1

وهو ينكر فكان القول قوله واما الذي يرجع الى المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع
عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة ام بصفقتين نحو ما اذا اشترى دارا
فقال المشتري اشتريت العرصة على حدة بالف والبنا بالف فقال الشفيع
لا بل اشتريتهما جميعا بالفين والدار في بنائها فالقول قول الشفيع لان افراد
كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما جميعا
صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا للشفيع فكان القول قوله ولان سبب
وجوب الشفعة في العرصة يقتضي الوجوب في البنا تبعا له حالة الاتصال
وشرط الوجوب هو الشرا وقد اقر المشتري بالشرا الا انه يدعي زيادة
امر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق الا بتصديق الشفيع او ببينة ولم يوجد
وايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة ولم يوقتا وقتا فالبينة
بينة المشتري عند ابي يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع وجه قول محمد ان
بينة الشفيع اكثر اثباتا لانها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البنا
فكانت اولى بالقبول ولان العمل بالبينتين هاهنا ممكن بان يجعل كانه باعهما
بصفقتين ثم باعهما بصفقة واحدة فكان للشفيع ان ياخذ بايتهما شا وجه
قول ابي يوسف ان بينة المشتري اكثر اثباتا لانها تثبت زيادة صفقة فكانت
اولى بالقبول فابو يوسف نظر الى زيادة الصفقة ومحمد نظر الى زيادة
الاستحقاق وقال ابو يوسف اذا ادعى المشتري انه احدث البنا في الدار
وقال الشفيع لا بل اشتريتهما والبنا فيها ان القول قول المشتري لانه لم يوجد
من المشتري الاقرار بشرا البنا والشفيع يدعي عليه استحقاق البنا وهو
ينكر ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت
واحدة بعد واحدة وانا شريكك في الثانية وقال الشفيع لا بل اشتريتهما
صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعا فالقول قول الشفيع لان سبب
الاستحقاق ثابت فيهما جميعا وهو الجوار على سبيل الملاصقة وقد اقر المشتري

اختلفا فيما وقع عليه البيع

القول الذي يشهد له الظاهر

البينة التي هي اكثر اثباتا اولى بالقبول

بشرط الاستحقاق وهو شرا او هما الا انه بدعوى تفريق الصفقة يدعي
البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق الا
ببينة وايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فهو على
الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد ولو قال المشتري وهب لي هذا البيت
مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع لا بل اشتريت
الكل فللشفيع الشفعة فيما اقر انه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من
الهبة لانه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو
الشرا باقراره فهو بدعوى الهبة يدعي البطلان فلا يصدق وللشفيع
الشفعة فيما اقر بشرائه ولا شفعة له في الموهوب وايهما اقام بينة
قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري عند ابي يوسف
لانها تثبت زيادة الهبة وينبغي ان يكون البينة بينة الشفيع عند محمد لانها
تثبت زيادة الاستحقاق وروي عن محمد رحمه الله فيمن اشترى دارا وطلب
الشفيع الشفعة فقال المشتري اشتريت نصفا ثم نصفا فلك النصف الاول
وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول
الشفيع لان سبب ثبوت الحق في الكل كان موجودا وقد اقر بشرط الثبوت
وهو الشرا لكنه يدعي امرا زائدا وهو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه
الا ببينة فان قال المشتري اشتريت ربعا ثم ثلثة الارباع فلك الربع وقال
الشفيع لا بل اشتريت ثلثة الارباع ثم ربعا فالقول قول الشفيع لان السبب
كان موجودا وقد اقر المشتري بشرا ثلثة ارباع الا انه يدعي امرا زائدا
وهو سبق الشرا في الربع فلا يثبت الا ببينة فان قال المشتري اشتريت
صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفا فانا اخذ النصف فالقول قول
المشتري يأخذ الشفيع الكل او يدع لان الشفيع يريد تفريق الصفقة
وفيه ضرر الشركة فلا يقبل قوله الا ببينة والله اعلم واما الذي يرجع الى

اختلفا في الصحة والفساد والخيار والبتات

صفة البيع فهو ان اختلفا في البتات والخيار والصحة والفساد بان اشترى
دارا بالف درهم وتقابضا فاراد الشفيع اخذها بالشفعة فقال البايع
والمشتري البيع كان بخيار البايع ولم يمض فلا شفعة لك وانكر الشفيع
الخيار فالقول قول البايع والمشتري وعلى الشفيع البينة ان البيع كان باتا
عند ابي حنيفة ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وروي
عن ابي يوسف رواية اخرى ان القول قول الشفيع وجه هذه الرواية ان
الظاهر شاهد للشفيع لان البتات اصل في البيع والخيار فيه عارض
فكان القول قول من يشهد له الاصل ويتمسك وجه ظاهر الرواية ان
الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار
لان حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر ولان البيع
يقوم بالعاقدين فكانا اعرف بصفته من الشفيع والرجوع في كل باب الى من
هو اعرف به وهذا لو تصادقا على ان الثمن كان دنانير والشفيع يدعي انه
كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البايع غايبا والدار في
يد المشتري فاراد الشفيع ان ياخذ منه فقال المشتري كان للبايع فيه خيار
وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري ايضا لما ذكرنا من المعنيين وان
اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البايع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه
خيار كان القول قول المشتري وياخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة
وروي عن ابي يوسف ان القول قول البايع وجه هذه الرواية ان البايع
بدعوى الخيار ينكر البيع حقيقة لان البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق
الحكم وخيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه والمشتري والشفيع
يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البايع كما لو وقع الاختلاف
بينهم في اصل العقد وجه ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما
فالبايع بدعوى الخيار يدعي الاشتراط على المشتري وهو ينكر فكان القول

القول قول من يدعي التعجيل

قوله كما لو ادعى المشتري الشراء بثمن مؤجل وادعى البايع التعجيل فالقول
قول البايع لما ان التاجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البايع وهو ينكر
الاشتراط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف ما لو انكر البايع البيع
والمشتري يدعيه ان القول قول البايع لانه انكر زوال ملكه ولم يدع على
المشتري فعلا كان القول قوله ولو اراد الشفيع ان ياخذ الدار المشتراة
بالشفعة فقال البايع والمشتري كان البيع فاسدا فلا شفعة لك وقال
الشفيع كان جايزا ولي الشفعة فهو على اختلافهم في شرط الخيار للبايع على
قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف القول قول العاقدين
ولا شفعة للشفيع وفي رواية عن ابي يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة
فابو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم في الصحة والفساد باختلاف العاقدين

القول للمدعي الصحة

فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما في الصحة والفساد كان القول قول مدعي الصحة
كذا هذا والجامع ان الصحة اصل في العقد والفساد عارض وهما يعتبران
اختلافهم في هذا باختلافهم في البتات والخيار للبايع والجامع ان الشفيع
بدعوى البتات والصحة يدعي عليهما حق التملك وهما بدعوى الفساد والخيار
ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما اعرف بصفة العقد الواقع

الحيلة في اسقاط الشفعة

منهما لقيامه بهما فكان القول في ذلك قولهما والله اعلم **فصل** واما
بيان الحيلة في اسقاط الشفعة فقد ذكرنا لاسقاط الشفعة حيلا بعضها
يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض اما الذي يعم كل الشفعاء
فهو ان يشتري الدار باكثر من ثمنها بان كانت قيمتها الفا فيشتريها بالفين
وينقد من الثمن الفا الا عشرة ثم يبيع من البايع عرضا قيمته عشرة بالف درهم
وعشرة فيحصل الدار للمشتري بالف ولا ياخذها الشفيع الا بالفين وهذه
الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة
الا ترى ان للشفيع ان ياخذها بالفين ويلتزم الضرر واما الذي يخص بعض

الشفعا دون بعض فانواع منها ان يبيع دارا الا ذراعا منها في طول الحد الذي
يلي دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة اما في قدر الذراع فلانعدام
الشرط وهو البيع واما فيما دون ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار
ومنها ان يهب البايع الحايط الذي بينه وبين الجار مع اصله للمشتري مقسوما
ويسلمه اليه او يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع
ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقيه بالثمن فلا شفعة للجار لا في المبيع ولا في
الموهوب اما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع واما
في المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار ومنها ان يبيع الدار صفقتين
فيبيع الحايط باصله الا بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة
للشفيع شرعا فيما وراء الحايط لانعدام السبب وهو الجوار ولا ياخذ
الحايط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض في صفقتين فيبيع
من الدار بناها ومن الارض اشجارها اولا بثمن قليل ثم يبيع الارض بثمن
كثير فلا شفعة للشفيع في البنا والشجر شرعا لانفرادها بالصفقة ولا
ياخذ الارض بذلك الثمن عادة لتضمن بكثير الثمن ومنها ان يبيع الدار صفقتين
فيبيع عشرا منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا ياخذ الشفيع العشر
بثمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له في تسعة الاعشار شرعا لانه
حين اشترى البقية كان شريك البايع بالعشر والشريك في المبيع مقدم
على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لان الشفيع
اذا كان شريكا له ان ياخذ نصف البقية بقليل الثمن ايضا ولو كانت الدار
لصغير فلا تباع بقيه داره بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو بيع مال الصغير
باقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في مثله عادة والولي لا يملك ذلك
والسبيل فيه ان يباع بقية الدار بثمن مثله ومنها ما ذكره الخصاف ان
يقر البايع بسهم من الدار للمشتري ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعه

اما في القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع واما فيما وراء
ذلك فلان المشتري صار شريك البايع في ذلك السهم والشريك في البقعه
مقدم على الجار والخليط ومن مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه
الصورة ويخطي الخصاف لان الشركة في السهم المقر به لم تثبت الا باقراره
فلا تظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله اعلم **فصل** واما
الكلام في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد
وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب
فلا شك انها مكروهة بلا خلاف وذلك ان يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا
كذا درهما على ان تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل
الصلح او يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو
ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال ابو يوسف لا
يكره وقال محمد يكره وجه قول محمد ان شرع الحيلة يؤدي الى سد باب الشفعه
وفيه ابطال هذا الحق اصلا وراسا وجه قول ابي يوسف ان الحيلة
قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهذا
جايز كالشرا والهبه وساير التمليكات فان الشرا يمنع حدوث الملك
للبايع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعا وكذلك الهبة والصدقة
في التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد ان هذا ابطال لحق الشفعه
لان ابطال الشي يكون بعد ثبوته والحق هاهنا لم يثبت بعد فلا يكون
الحيلة ابطالا بل هي منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا
وانه جايز وما ذكره ابو يوسف رحمه الله هو الحكم المروي وما ذكره محمد
رحمه الله احتياطا والاصل في شرع الحيلة قوله تعالى في قصة ايوب
صلوات الله عليه وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث

كراهة الحيلة في اسقاط الشفعة وعدمها

كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب

ركن الهبة

فى الاصل فى ثلثة مواضع فى بيان ركن الهبة وفى بيان شرايط الركن وفى
بيان حكم الهبة اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول
من الموهوب فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر
وفى قول قال القبض ايضا ركن وفايدة هذا الاختلاف يظهر فيمن حلف
لا يهب هذا الشىء لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا
وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع
هذا الشىء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الاختلاف اذا
قال رجل لاخر وهبت هذا الشىء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت
فالقول قول المقر عندنا وعند زفر القول قول المقر له واجمعوا على انه لو قال
بعت منك هذا الشىء فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر
له وجه القياس ان الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعا
باعتباره وهو انعقاده فى حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا
يكون الايجاب بدون القبول بيعا وجه الاستحسان ان الهبة فى اللغة
عبارة عن مجرد ايجاب الملك من غير شرط واما القبول والقبض لثبوت
حكمها لا لوجودها فى نفسها فاذا اوجب فقد اتى بالهبة فترتب عليها
الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة
محوزة اطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة
الذى اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء
وفى رواية بودان فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لولا انا حرم
والا لقبلنا فقد اطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ
الهبة وروى ان ابا بكر الصديق رضى الله عنه دعا عايشة رضى الله عنها فى مرض
موته وقال لها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية

وهبتك فلم تقبل فقال بل قبلت

بعتك فلم تقبل وقال قبلت

المعنى اعطيتها نخلا يجد منه مقدار عشرين وسقا اى يقطع منه ثمره والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم والصاع ثمانية ارطال

النحلى العطية منوب

وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو اليوم مال الوارث اطلق الصديق
رضى الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من الفاظ الهبة فى اللغة عبارة
عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو ما دل عليه
اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم للايجاب مع القبول لا ينطلق اسم البيع
لغة وشريعة على احدهما دون الاخر فما لم يوجد لا يسمى التصرف فيه البيع
ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثنا باظهار الجود والسخا
وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض عن الحلف هو منع
النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب
مقدر على منع نفسه عنه فاما القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا
يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعى يثبت حكما من الله تعالى شاء العبد
او ابى فلا يتصور منع النفس عنه ايضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه
عن فعله وهو الايجاب الا ان الايجاب هناك لا يصير بيعا بدون القبول فشرط
القبول ليصير بيعا والايجاب هو ان يقول الواهب وهبت هذا الشىء لك او
ملكته منك او جعلته لك او هو لك او اعطيته او نحلته او اهديته اليك او
اطعمتك هذا الطعام او حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة اما قوله
وهبت لك فصريح فى الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح ايضا
لانه تمليك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا
الشىء لك فى قوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو اهل الملك للتمليك
فكان تمليك العين للحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله اعطيت
لان العطية المضافة الى العين فى عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض
هو معنى الهبة وكذا قوله اعطيت لان العطية المضافة الى العين فى عرف الناس
هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى وكذا يستعمل الاعطا استعمال

الفاظ الايجاب

الهبة يقال اعطاك الله كذا ووهب لك بمعنى والنحلة في العطية يقال نحل فلان ولده نحلى اي اعطاه عطية والهدية بمعنى العطية وقوله اعطيتك هذا الطعام في معنى اعطيتك واما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روي ان عمر رضي الله عنه حمل رجلاً على دابة ثم راها تباع في السوق فاراد ان يشتريها فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام لا ترجع في صدقتك واحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلابد من النية للتعيين ولو قال منحتك هذا الشيء او قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلوا اما ان يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار منحة او هذا الثوب او هذه الدابة او هذه الارض فهو عارية لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة او ماله حكم المنفعة وقد اضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زرعها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زرعها فكان ذلك اعارة ولصاحبها ان ياخذها اذا لم يكن فيها زرع وان وان كان فيها زرع فالقياس ان يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا او بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة او هذه الناقة او هذه البقرة كان عارية حتى جاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فاعطى له حكم المنفعة كانه اباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع

بلبنها

بلبنها وكذا لو منحه جديا او عناقا كان عارية لان الجدي بعرض ان يصير فحلا والعناق حلوبا وان عنى بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو على ما عنى لانه عنى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالماكول والمشروب والدراهم والدنانير بان قال هذا الطعام لك منحة او هذا اللبن او هذه الدراهم او هذه الدنانير كان هبة لان الهبة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة والله اعلم هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة اما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلوا حكم القرينة
اما ان كانت وقتا واما ان كانت شرطا واما ان كانت منفعة فان كانت وقتا بان قال اعمرتك هذه الدار او صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمرى او قال جعلتها لك عمرك او حيوتك فاذا مت انت فهي رد علي او قال جعلتها لك عمري او حيوتي فاذا مت انا فهي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حيوته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فان من اعمر شيا فانه لمن اعمره وروي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فهي للذي يعطاها لا ترجع الى الذي اعطاها لانه اعطا عطا وقعت المواريث فيه وعن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعمر عمرى حيوته فهي له ولعقبه فهي للذي يعطاها يرثها من يرثه من بعده فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان الهبة ولان قوله جعلت هذه الدار لك او هي لك تمليك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التمليك وانه تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت

نصرفا مخالفا مقتضى العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحًا وان كانت القرينة
شرطا نظر الى الشرط المذكور فان كان مما يمنع وقوف التصرف تمليكا للحال
يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال — الشرط في الهبة
ارقبتك هذه الدار او صرح فقال هذه الدار لك رقبى او قال هذه الدار لك
رقبى ودفعها اليه فهي عارية في يده له ان ياخذها منه متى شا وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والرقبى ولان قوله داري لك
تمليك لا تمليك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل التعليق
فبطل الشرط وبقي العقد صحيحًا ولهذا اذا قال داري لك عمري انه يصح الهبة
ويبطل الشرط المعمر كذا هذا واحتجا بما روي الشعبي عن شريح رحمهما الله
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل الرقبى ومثلهما لا
يكذب ولان قوله داري لك رقبى تعليق التمليك بالخطر لان الرقبى انه يقول
ان مت انا قبلك فهي لك وان مت انت قبلي فهي لي سمي رقبى من الرقوب والارتقاب — تفسير الرقبى
والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل
موته وذلك غير معلوم فكان الرقبى تعليق التمليك بامر له خطر الوجود
والعدم والتمليكات مما لا يحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية
لانه دفع اليه واطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف
العمرى لان هناك وقع التصرف تمليكا للحال فهو بقوله عمري وقت التمليك
وانه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد صحيحًا ولا حجة له في الحديث لان الرقبى
يحتمل ان يكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل ان يكون من الارقاب وهو هبة
الرقبة فان اريد بها الاول كان حجة له وان اريد بها الثاني لا يكون حجة له لان
ذلك جائز فلا يكون حجة له مع الاحتمال او نحمله على الثاني توفيقا بين الحديثين
صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض وبهذا تبين ان الاختلاف بينهم في

الحقيقة

الحقيقة ان كان الرقبى او الارقاب مستعملا في اللغة في هبة
الرقبة وينبغي ان ينوي فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عنى
به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف والله اعلم ولو قال لرجلين داري
لاطولكما حيوة فهو باطل لانه لا يدري ايهما اطول حيوة فكان هذا
تعليق الحكم بالخطر فبطل ولو قال داري لك حبيس فهذا عارية
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل
بمنزلة الرقبى وجه قوله ان قوله داري لك تمليك حبيس نفي الملك
فلم يصح النفي وبقي التمليك على حاله وجه قولهما ان قوله حبيس خرج تفسيرا
لقوله لك فقال كانه ابتدا بالحبيس فقال داري حبيس لك ولو قال
ذلك كان عارية بالاجماع ذكره القاضي في شرح مختصر الطحاوي
ما يجوز فيه الهبة ويبطل الشرط — ولو وهب جارية على ان لا يبيعها او على ان يجعلها ام ولدها او على ان يبيعها
لفلان او على ان يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لان
هذه الشروط مما لا يمنع وقوع التصرف تمليكا للحال وهي شروط
تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شرط الرقبى
على ما بينا وبخلاف البيع انه تبطله هذه الشروط لان القياس ان لا
يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسدا له لان ذكره في العقد لم
يصح فيلتحق بالعدم ويبقى العقد صحيحًا الا ان الفساد في البيع للنهي الوارد
فيه ولا نهي في الهبة فبقي الحكم فيه على الاصل ولان دلايل شرعية الهبة
عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيا
مريا وقوله عليه السلم تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادي والهدية
هبة وروينا عن الصديق رضي الله عنه انه قال لعايشة رضي الله عنها
انه قال كنت نحلتك كذا وكذا وعن عمر رضي الله عنه انه قال من وهب
هبة يرى انها اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض عنها

ونحو ذلك من الدلايل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بينما اذا قرنها
بشرط فاسد او لم يقرن وعلى هذا تخرج ما اذا وهب جارية واستثنا
ما في بطنها او وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه ان الهبة جايزة في
الام والولد جميعا والاستثنا باطل والكل للموهوب له وجملة
الكلام في العقود التي فيها استثنا الحمل انها اقسام ثلثة قسم منها
يبطل ويبطل الاستثنا جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثنا
وقسم منها يصح ويصح الاستثنا اما القسم الاول فهو البيع والاجارة
والكتابة والرهن لان استثنا ما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه
العقود تبطل بالشروط الفاسدة واما القسم الثاني فالهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطل
بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثنا وتدخل الام والولد
جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثنا اذا لم يصح التحق
بالعدم فصار كانه لم يستثن وكذلك العتق بان اعتق جاريته واستثنى
ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد
ابقى ما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما
اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح
الوصية ويبطل الاستثنا لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث
بانفرادهما بدون الاصل الا ترى لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات
الموصي ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الخدمة ميراثا لورثة الموصى
له بل يعود لورثة الموصي ومثله لو اوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسألة
بحالها فان الجارية تصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا لما ذكرنا
والله اعلم وان كانت القرينة منفصلة بان قال داري لك سكنى او عمرى سكنى
او صدقة سكنى او هبة سكنى او سكنى هبة او هي لك عمرى عارية.

وهب جارية واستثنى حملها

اذا كانت القرينة منفصلة

ودفعها

ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري
لك سكنى او عمرى سكنى او صدقة سكنى علم انه اراد به تمليك المنافع
لان قوله هذا لك ظاهر في ان كان التمليك لكنه يحتمل تمليك المنفعة
لان الاضافة الى المستعير والمستاجر مستعملة عرفا وشرعا وقوله سكنى
٣ موضوع للمنفعة لا يستعمل الا لها فكان محكما فيجعل تفسيرا للمحتمل وبيانا
انه اراد تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية
وكذا في قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة
يحتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع
فكان بيانا لمراد المتكلم انه اراد هبة المنافع وهبة المنفعة تمليكها
من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناه اي سكنى
الدار لك هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال
هي لك عمرى تسكنها او هبة تسكنها او صدقة تسكنها ودفعها
اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا ليكون
بيانا للمحتمل بل وهب الدار ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك
العين باطلة وتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها
كما اذا قال وهبتها لتواجرها ولو قال هي لك تمسكها كان هبة لان
الاضافة بحرف اللام الى من هو من اهل الملك للتمليك وقوله تسكنها
مشورة على ما بينا والله اعلم **فصل** واما الشرايط فانواع بعضها
يرجع الى نفس الشرط وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب
وبعضها يرجع الى الموهوب له اما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ان لا يكون
معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول الدار وقدوم فلان والرقبى
ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بان يقول هذا الشي منك غدا او راس كذا
لان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر ولا الاضافة

شرايط صحة الهبة

شرط الواهب

البيع وأما الذي يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع لأن الهبة
تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لأنهما لا
يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنياوي فلا يملكه الصبي
والمجنون كالطلاق والعتاق ولهذا الهبة لا ب لا يملك هبة الصغير من غير
شرط العوض بلا خلاف ولأن التبرع بمال الصغير قربان ماله لا على
وجه الأحسن وأنه لا يقابله نفع دنيوي وقال الله تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان
التبرع ضررا محضا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي
لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وقوله من لم يرحم
صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر
التصرفات الضارة المحضة وإن شرط الأب العوض أيضا لا تجوز عند
أبي حنيفة وعند أبي يوسف وعند محمد تجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون
أنه لا تجوز عندهما سواء كانت بعوض أو بغير عوض وعنده تجوز بشرط العوض
والأصل عندهما أن من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض
والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض وجه قول محمد
أن الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا تفسير
البيع وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلاف العبارة بعد اتفاق
المعنى كلفظ البيع مع لفظ التمليك ولهما أن الهبة بشرط العوض
يقع تبرعا ابتداء ثم يصير بيعا انتهاء بدليل أنها لا تفيد الملك قبل القبض
ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لأن
البيع الصحيح يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعا وهؤلاء لا يملكون
التبرع فلم تصح الهبة من حين وجودها فلا يتصور أن يصير بيعا بعد ذلك والله أعلم

شرائط الموهوب

وأما الذي يرجع إلى الموهوب فأنواع منها أن يكون موجودا فلا تجوز

هبة

هبة ما ليس بموجود وقت الهبة بأن وهب ما يثمر نخله العام وما
تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة
تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد
الموت والإضافة لا تمنع جوازها ولو وهب ما في بطن هذه الجارية
أو ما في ضرعها لا تجوز وإن سلط على القبض عند الولادة والحلب لأنه لا
وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لأن انتفاخ البطن قد يكون
للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون
باللبن وقد يكون لغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه
بالإضافة إلى ما بعد زمان الحدوث لأن التمليك بالهبة مما لا يحتمل
الإضافة إلى الوقت فبطل ولهذا لم يجز بيعه بخلاف ما إذا وهب
الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض أنه يصح استحسانا لأنه
أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور
القبض بطريقه على ما نذكر إن شاء الله تعالى وكذلك إذا وهب زبدا
في لبن أو دهنا في سمسم أو دقيقا في حنطة لا تجوز وإن سلط على قبضه
عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد
ولا سبيل إلى الإضافة إلى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما إذا
وهب صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه أنه لا يجوز لأن الموهوب موجود
مملوك للحال إلا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما
ليس بموهوب فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند
وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه ومنها أن يكون مالا
متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد
الحرم والإحرام والخنزير لما ذكرنا في البيع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم
الولد والمدبر والمكاتب المطلق لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع

هبة الدين من غير من عليه الدين إذا سلطه على القبض يصح

هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها ومنها ان يكون
مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما
ليس بمملوك محال ومنها ان يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال
الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك للمالك وان شئت رددت
هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء
الاضافية والعلقة التي تدور عليها الاضافة هي الملك وتجوز رد هذا
الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم
سواء كان المملوك عينا او دينا فيجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا
واما هبة الدين لغير من عليه الدين تجوز ايضا اذا اذن له بالقبض فقبضه (هبة الدين)
استحسانا والقياس ان لا تجوز وان اذن له بالقبض وجه القياس ان (مطلب)
القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب
لمن عليه لان الدين في ذمته وذمته في قبضته فكان الدين في قبضته بواسطة
قبض الذمة وجه الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض
الا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا ان قبضه بقبض العين فاذا قبض
العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة الا انه لا بد من الاذن بالقبض
صريحا ولا يكتفي فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره
ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز
فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدار ونحوها وهذا عندنا وعند (هبة المشاع فيما يقسم)
الشافعي هذا ليس بشرط فتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنه احتج
بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو اوجب نصف
المفروض في الطلاق قبل الدخول الا ان يوجد الحط من الزوجات عن
النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمفرز فيدل على جواز هبة
المشاع في الجملة وبما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد

في

في الغلول في الغزوات قام الى سنامة بعير واخذ منه وبرة ثم قال اما
انه لا يحل لي من غنيمتكم ولو مثل هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود
فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيمة فجاء
اعرابي بكبة من شعر فقال اخذتها لاصلح بها برذعة بعيري يا رسول
الله فقال عليه السلام اما نصيبي فهو لك وسأسالكم الباقي وهذا هبة
المشاع فيما ينقسم وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة
نزل على ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه ونظر الى موضع المسجد فوجده
بين اسعد بن زرارة وبين رجل من قومه فاستباع اسعد نصيبها ليهب
من رسول الله صلى الله عليه وسلم وابيا ذلك فوهب اسعد نصيبه
من النبي صلى الله عليه وسلم فوهبا ايضا نصيبهما من رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم في نصيب اسعد وقبله في
نصيب الرجلين ايضا ولو لم يكن جائزا لما قبل لان ادنى حال فعل النبي صلى
الله عليه وسلم الجواز ولان الشياع لا يمنع حكم التصرف ولا شرطه
لان حكم هذه الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك الا ترى انه يجوز بيع المشاع
وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع
القبض لانه يصير قابضا للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت
هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها شرطا لثبوت الملك كذا
هذا ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن ابي بكر رضي الله عنه
انه قال في مرض موته لعائشة رضي الله عنها ان احب الناس الي غنى انت
واعزهم علي فقرا انت واني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي
بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر
الصديق رضي الله عنه القبض والقسمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في
اللغة جمع الشيء المتفرق في حيز وهذا معنى القسمة لان الانصباء الشائعة

قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز وروي عن عمر
رضي الله عنه انه قال ما بال احدكم ينحل ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها ويقول
ان مت فهو له وان مت رجعت الي وايم الله لا ينحل احدكم ولده نحلى لا يحوزها
ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحيازة القبض
هاهنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي الى التكرار اخرج
الهبة من ان تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروي عن علي رضي الله عنه
انه قال من وهب ثلث كذا وربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك
كان بمحضر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم ولم ينقل
انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان القبض شرط جواز هذا العقد
والشرع يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض
والتصرف في النصيب الشايع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شايعا
ولبس نصف الثوب شايعا محال ولا تمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل
لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا ينقسم
ان معنى القبض لم يوجد هناك لما قلنا الا انه هناك ضرورة لانه يحتاج
الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن
للتصرف ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست
الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف
ولا ضرورة هاهنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض
الممكن بالقسمة او نقول الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق
والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث
الصورة دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفي بالصورة في المشاع الذي لا
يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هاهنا فلزم اعتبار الكمال
في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع

يحتمل القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب
بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي الى تغيير المشروع ولهذا توقف
الملك في الهبة على القبض لما انه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة
بالتسليم فيؤدي الى ايجاب الضمان في عقد التبرع وفيه تغيير المشروع
كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب
الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو
الفرق واما الاية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين لا العين
الا ترى انه قال الا ان يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا
يعقل وكذا الغالب في الجملة ان يكون دينا وهبة الدين ممن عليه
الدين جايز لانه اسقاط الدين عنه وانه جايز في المشاع واما حديث
الكتيبة فيحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم وهب نصيبه منه واستوهب
له البقية من اصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفي الحديث
ما يدل عليه فانه قال وساسألكم الباقي وما كان هو صلى الله عليه وسلم
ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جايز عندنا على ان
ذاك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان الكتيبة واحدة اذا قسمت
على الجم الغفير لا يصيب كل واحد منهم الا النزر الحقير لا ينتفع به فكان في
معنى مشاع لا ينقسم واما حديث اسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل انه
وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جايز
عندنا ويحتمل ان الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويحتمل ان يقال في مثل
هذا سهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها
يضاف اليهم وان كانت انصباؤهم مقسومة واحتمل الخلاف فلا يكون
حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم لها ولو قسم ما وهب وافرزه ثم
سلمه الى الموهوب له جاز لان هبة الشايع عندنا منعقد موقوف على القسمة

والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو
الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض
فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه يدل عليه
فانه قال لعائشة رضي الله عنها اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا
من مالي وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من الفاظ الهبة ولو
لم ينعقد لما فعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا
فدل قول الصديق على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة
والقبض وهذا عين مذهبنا والله اعلم وكذلك لو وهب نصف داره من
رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الاخر وسلم اليه الكل فهذا جائز
لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتخلية الكل ثم وهب منه
النصف الاخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع فيما
ينقسم وهبة المشاع فيما ينقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوي
الجواب في هبة المشاع بين ان تكون من اجنبي او من شريكه كل ذلك لا يجوز
لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من
غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا
الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم انها لا تجوز عندنا خلافا للشافعي
وجه قوله ان الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه
وهو القبض فلا يمنع جوازه كالمفرز ولنا ان القبض شرط جواز الصدقة
ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع او لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان
التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير
المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئا ينقسم من رجلين كالدار
والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله وجاز
عند ابي يوسف ومحمد واجمعوا على ان وهب رجلان من واحد شيئا ينقسم

للاجنبي والشريك في المشاع واحد

وقبضه يجوز فابو حنيفة رحمه الله يعتبر الشيوع عند القبض وهما
يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز ابو حنيفة رحمه الله هبة
الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض وهما جوزاها لانه لم يوجد
الشياع في الحالين بل وجد في احديهما دون الاخرى وجوزوا هبة الاثنين
من واحد اما ابو حنيفة فلعدم الشيوع وقت القبض واما هما فلانعدامه
في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف
بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار لهما جملة
او تمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر فيكون هبة المشاع
فيما ينقسم كانه افرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة
وعندهما هي تمليك الكل لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون
تمليك الشائع فيجوز وجه قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل
وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار لكما هبة كل الدار جملة
منهما لا هبة النصف من احدهما والنصف الاخر لان ذلك توزيع وتفريق
واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغير الضرورة
الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب
الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب
التمليك منهما ثبوت الملك لهما في الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما
في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق
اذ ليس كل واحد منهما اولى من الاخر لدخول كل واحد منهما في العقد على
السواء كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون
بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال
حتى لو انفرد احدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة
في الاستحقاق يثبت عند الانقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان

يثبت لكل واحد منهما اخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة
والاستوا في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحا
لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم احدهما يكون الكل للاخر
وعلى هذا مسايل فلم يتعذر الانقسام على التناصف موجب الصيغة بالتضايق
المحل ولهذا جاز الرهن من رجلين وكان ذلك رهنا من كل واحد منهما على
الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لا يجوز لانه يكون
رهن المشاع ولهذا لو قضى الراهن دين احدهما كان للاخر حق حبس الكل
دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما فكذا هذا وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشايع فلا يجوز كما اذا ملك نصف
الدار من احدهما والنصف من الاخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا
تمليك مضاف الى الشايع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما ان يكون
تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تمليك النصف من
احدهما والنصف من الاخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل
ان يكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد
فتعين الثاني وهو ان يكون تمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر ولهذا
لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل
الدار مملوكا لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة
صاحبه بالتهايي او بالقسمة وهذا اية ثبوت الملك له في النصف واذا
كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشايع
كانه افرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في العقد
الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة
في ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا
محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد يعقد بعقده امرا محالا ايضا

فكان

فكان احالة موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك
الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان موجب الصيغة
اولى بخلاف الرهن لان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما
لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بان يحبساه معا او
يضعاه جميعا على يدي عدل فيكون الدار محبوسة عند كل واحد منهما
وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق ثم عند ابي حنيفة رحمه الله
اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع
هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيا
مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على
اصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها
جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا
يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد لانه وقع تمليكا للدار جملة منهما على ما
بينا فجعل تفسيرا للحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت
لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل في نفس العقد فمنع الجواز
ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل في نفس العقد
فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز
عند ابي يوسف وجاز عند قول محمد وجه قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين
استوى فيه التساوي والتفاضل كعقد البيع وجه قول ابي يوسف
ان الجواز عند التساوي بطريق التفسير الثابت للحكم بالعقد وذلك
لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل احد النصيبين على الاخر تعذر جعله تفسيرا
لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفصيل احد النصيبين على الاخر تعذر
جعله تفسيرا لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفصيل احد النصيبين
في معنى افراد العقد في كل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع

لو اثر في الهبة ولا يوثر في البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللاخر
ثلثاه او نصفه لهذا ونصفه لهذا على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع
بخلاف ما اذا ابهم بان قال رهنت منكما انه يجوز ولو وهب من فقيرين
شيا ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان الهبة من الفقير
صدقة لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها وعلى هذا يخرج
هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع
دون الارض انها غير جايزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب
اتصال جزو بجزو فكان كهبة المشاع ولو فصل وسلم جاز كما في هبة المشاع
ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند ابي حنيفة
ويجوز عندهما لان التصدق على الغني هبة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز
عنده وعندهما جايزة وان كان فقيرين فعنده تجوز كما تجوز الهبة من
رجلين وعند ابي حنيفة فيه روايتان في كتاب الهبة انه لا يجوز وفي
الجامع الصغير يجوز وجه رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز
الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم وها هنا يتحقق الشيوع
في القبض وجه رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا
يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله تعالى مطلب
ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تعالى الم يعلموا ان الله هو يقبل التوبة
عن عباده وياخذ الصدقات وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة تقع في
يد الرحمن قبل ان تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق
معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد وكل بقبضها رجلين بخلاف
التصدق على غنيين لانه لا يبتغي وجه الله تعالى فكانت هدية في الحقيقة لا صدقة
قال النبي صلى الله عليه وسلم الصدقة يبتغى وجه الله تعالى والدار الاخرة
والهدية يبتغى بها وجه الرسول وقضا الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى

الشيوع في القبض وانه جاز مانع من الجواز عنده والله اعلم ومنها
ومنها القبض وهو ان يكون الموهوب مقبوضا وان شئت رددت هذا
الشرط الى الموهوب لان القابض والمقبوض من الاسما الاضافية والعلقة
التي يدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد
منهما في صناعة الترتيب فافهم والكلام في هذا الشرط في موضعين في
اصل القبض انه شرط ام لا وفي بيان شرايط صحة القبض اما الاول فقد
اختلف فيه قال عامة العلما شرط والموهوب قبل القبض على ملك
الواهب يتصرف فيه كيف شا وقال مالك ليس بشرط ويملكه الموهوب
له من غير قبض وجه قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك
قبل القبض كالوصية ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم وهو ما
روينا ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروي
عن ابي بكر وعمر وعثمن وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة
الا مقبوضة محوزة ولم يرو عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صحت
بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فيصير
عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس في اثبات الملك
فيها قبل القبض تغييرها عن موضوعها اذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصي
لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند
عامة العلما وقال ابن ابي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز
الصدقة اذا علمه وان لم يقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلى الا مقسومة
واحتجوا بما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما قالا اذا علمت الصدقة
جازت من غير شرط القبض ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال حبرا عن الله تعالى انه قال يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من

مالك مما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت اعتبر
الامضا في الصدقة والامضا هو التسليم دل انه شرط وروى عن ابي بكر
وعمر وعثمن وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ومعاذ بن جبل انه قال لا تتم الصدقة
الا بالقبض ولان التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما
روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه
نقول انه لا حاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقا بين الدلايل
صيانة لها عن التناقض واما شرايط صحة القبض فمنها ان يكون القبض باذن
المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري
من غير اذن البايع قبل نقد الثمن كان للبايع حق الاسترداد فلان يكون
شرطا في الهبة اولى لان البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدونه
فلما كان الاذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلان
يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض اولى ولان القبض في باب الهبة يشبه
الركن وان لم يكن ركنا على الحقيقة فيشبه القبول في باب البيع ولا يجوز
القبول من غير اذن البايع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب ايضا
والاذن نوعان صريح ودلالة اما الصريح فنحو ان يقول اقبض او اذنت لك
بالقبض او رضيت وما يجري هذا المجرى فيجوز قبضه سوا قبض بحضرة الواهب
او بغير حضرته استحسانا والقياس ان لا يجوز قبضه بعد الافتراق وهو قول
زفر لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول على احد قوليه فلا يصح بعد الافتراق
عن المجلس كما لا يصح القبول في باب البيع وجه الاستحسان ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل الي ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه
فقام فنحرهن بيده وقال من شا فليقطع وانصرف فقد اذن لهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث اذن لهم بالقطع فيدل على جواز
القبض واعتباره بعد الافتراق ولان الاذن بقبض الموهوب صريحا بمنزلة اذن

م
صدقة الاب على ابنه الصغير جائزة

البايع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا واما الدلالة
فهي ان يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه
استحسانا والقياس ان لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر ذكر
القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعا جايزا
بحضرة البايع قبل نقد الثمن قياسا واستحسانا حتى كان له ان يسترده وفي
البيع الفاسد اختلاف رواية الكرخي والطحاوي ذكرناه في البيوع
وجه القياس ان القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن
كالقبول في باب البيع وجه الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من
طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لانه دليل
قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب
اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد
الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق
ولان للقبض في باب الهبة شبها بالركن فاشبه القبول في باب البيع وايجاب
البيع يكون اذنا بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة
يكون اذنا بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولو وهب شيئا متصلا بغيره
مالم يقع عليه الهبة كالثمر المعلق في الشجر دون الشجر او الشجر دون الارض
او حلية السيف دون السيف او القفيز من الصبرة دون او الصوف على
ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالقبض فقبض وفصل
فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سوا كان القبض والفصل بحضرة الواهب
او بغير حضرته لان الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت
دلالة الايجاب ولم يوجد هاهنا لان الايجاب لم يقع صحيحا عند وجوده
فلا يصلح للاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وجه قوله فرننا على ان العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل

الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جايزا وعندنا يحتمل الجواز
باسقاط المفسد مقصورًا على الحال او من حين وجود العقد بطريق
الثبات على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيوع وكذلك
اذا وهب دينا له على انسان لا خر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب
صريحًا جاز قبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجه
القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا
يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين ووجه الفرق ان الجواز
في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الاذن ثابتا دلالة لان الاذن
بالقبض لكونه دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له لايجاب
الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا يصلح دلالة الاذن بقبضه لان دلالته
بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق
الا بالتصريح بالاذن بالقبض لانه اذا اذن له بالقبض صريحا قام قبضه
مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضا للواهب اولا ويصير المقبوض
ملكا له اولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا
التقرير الذي ذكرنا واهبا ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك
الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي المقبوض
من المال العين على ملك من عليه الدين فلم يصح هبته فلا يجوز قبض الموهوب
له فهو الفرق بين الفصلين والله اعلم ومنها ان لا يكون الموهوب مشغولا
بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض
لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب
وسلم الدار اليه او سلم الدار مع ما فيها من المتاع انه لا يجوز لان الفراغ
شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قبل والحيلة في صحة التسليم ان يودع
الواهب المتاع عند الموهوب له اي يخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار

اليه

الدار اليه فيجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع في يد الموهوب له وفي
هذه الحيلة اشكال وهو ان يد المودع يد المودع معنى فكانت يده
قايمة على المتاع فيمنع صحة التسليم ولو اخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا
جاز ونظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال
فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه
وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار
تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار
ولو جمع في الهبة بين الدار والمتاع الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة
وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا
وان فرق بينهما في الهبة بان وهب احدهما ثم وهب الاخر وسلم نظر في ذلك
وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لانها مشغولة
بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول بالدار
فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع
هو ملك الموهوب له فلا يمنع صحة القبض والله اعلم وعلى هذا الاصل
يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها او حيوانا واستثنى ما في
بطنه انه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جايزة
لانه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة
القبض ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر في العتاق انه
لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسئلة روايتان وجه رواية
عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فاشبه هبة دار
فيها متاع الواهب وجه رواية الجواز وهي رواية الكرخي ان خروج الجنين
بجعله مستثنى من العقد لكون حكم العقد لم يثبت فيه معنى ولذا ابانه ظاهرا
وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا

كان مستثنىً من حيث المعنى ومنهم من قال في المسئلة روايةٌ واحدةٌ
وفرق بين الاعتاق والتدبير ووجه الفرق ان المدبر مال المولى فاذا
وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم تجز كهبة دار فيها
متاع الواهب فاما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارًا فيها حرٌ جالس
وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها ان لا يكون الموهوب متصلا
بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره
ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب ارضا
فيها زرع دون الزرع او شجرا عليها ثمر دون الثمر او وهب الزرع دون
الارض او الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين الموهوب فانه لا يجوز لان الموهوب
متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء فيمنع صحة القبض ولو جد الثمر وحصد
الزرع ثم سلم فارغًا جاز لان المانع من النفاذ وهو شيوع الملك قد
قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعًا وسلم متفرقا جاز ولو فرق
بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما في عقد على حدة بان وهب الارض
ثم الزرع او الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما
جميعًا فان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم او اخر سوا بخلاف الفصل
الاول لان المانع من صحة القبض هاهنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع
هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف دار مشاع من
رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو
وهب النصف وسلم النصف ثم سلم الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا
يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما
ليس بموهوب بما يمنع صحة القبض ولو جز وسلمه جاز لزوال المانع والله اعلم
وعلى هذا اذا وهب دابة عليها حمل دون الحمل انه لا يجوز ولو رفع الحمل مطلب
عنها وسلمها فارغًا جاز لما قلنا والله اعلم بخلاف هبة ما في بطن جاريته

او

ما في بطن غنمه او ما في ضرعها او وهب سمنا في لبن او دهنا في سمسم او زيت
في زيتون او دقيقا في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة وعند
استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس بمحل العقد لكونه معدومًا ولهذا لم
يجز بيعها فلا تجوز هبتها وها هنا بخلافه على ما ذكرناه فيما تقدم ومنها
اهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض الصبي والمجنون الذي لا يعقل واما
البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب
له والقياس ان يكون شرطا ولا يجوز قبض الصبي وان كان عاقلا وجه القياس
ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة
كما لا يجوز في البيع وجه الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة
المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملكه وليه ومن هو في عياله وكذا الصبية
اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد
المحجور اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على المولى دين
او لم يكن فالقبض الى العبد والملك للمولى في المقبوض لان القبض من حقوق
العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه ولان الاصل هو الحرية في بني
ادم والرق بعارض فكان الاصل فيهم اهلية التصرف لهم والانحجار بعارض
الرق عن تصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقي فيه على اصل الحرية والمقبوض
كسب العبد وكسب القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة
فالقبض اليه ولا يجوز قبض المولى عليه لما قلنا في القن واذا قبض المكاتب فهو
احق به ولا يملكه المولى لان الهبة كسبه والمكاتب احق باكسابه ومنها
الولاية في احد نوعي القبض وجملة الكلام فيه ان القبض نوعان قبض بطريق
الاصالة وقبض بطريق النيابة اما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض
بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا واما القبض بطريق
النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى

نفس القبض اما الذي يرجع الى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه
الولاية او الحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه او من كان
الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له ابوه ثم وصي ابيه بعده ثم
جده ابو ابيه ووصيه ثم جده سوا كان الصبي في عيال هولاء او لم يكن فيجوز
قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهولاء ولاية عليه فيجوز قبضهم له
واذا غاب احدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان
التاخير الى قدوم الغايب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى
من يتلوه وان كان دونه كما في ولاية النكاح ولا يجوز قبض غيره ولا
الاربعة مع وجود واحد منهم سوا كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسوا
كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم او اجنبيا لانه ليس لغيرهم
ولاية التصرف في مال الصبي لقيام ولاية التصرف لهم مع ثبوت حق القبض
لغيرهم فان لم يكن احد من هولاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره
وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لفقد الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن
في عياله اجنبيا كان او ذا رحم محرم منه قياسا واستحسانا وانما كان
كذلك لان الذي هو في عياله له عليه ضرب ولاية الا ترى انه يوديه
ويسلمه للصنايع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة
محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي
واما من ليس في عياله فلا ولاية له عليه اصلا فلا يجوز قبضه له كالاجنبي
ويقبض للصبية اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها ايضا استحسانا
لانها في عياله لكن هذا اذا لم يكن واحد من هولاء فاما عند وجود
واحد منهم فلا يجوز قبض الصبي كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره والله اعلم
واما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود وقت الهبة ينوب
عن قبض الهبة سوا كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة او اقوى

منه لانه اذا كان اقوى منه امكن تحقيق التناوب اذ المتماثلات ينوب كل
واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة
واذا كان اقوى منه يوجد فيه المستحق فيه وزيادة وبيان هذا في مسايل
اذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة او عارية فوهب منه جازت
الهبة وصار قابضا بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى
تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس ان لا يصير قابضا ما لم يجدد
القبض وهو ان يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد وجه القياس
ان يد المودع ان كان يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده معنى
فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية وجه الاستحسان
ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون اذ الهبة عقد
تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فيتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة
بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير ان قبضهما لا ينوب
عن قبض البيع لانه قبض امانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل
الموجود ادنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده مغصوبا
او مقبوضا ببيع فاسد او مقبوضا على سوم الشرا وكذلك ينوب ذلك
عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو اصل القبض وزيادة ضمان
ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضا وينوب
قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض امانة وقبض الرهن في حق
العين قبض امانة ايضا فيتماثلان فينوب احدهما عن الآخر ولين كان قبض
الرهن قبض ضمان فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة والاعلى ينوب عن
الادنى لوجود الادنى فيه وزيادة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن
ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضا حتى يجدد
القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا الا

تصح البراءة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة فيصير قبض امانة فيتجانس القبضان فيبقى
قبض ضمان فاختلف القبضان فلا ينوب وبان بخلاف المغصوب والمقبوض
على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة فيبقى
قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فناب والله اعلم ولو كان مبيعا قبل القبض
فوهب من البائع لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا يصح بدون قبول البائع
ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل اصلا ورأسا والفرق
بينهما ذكرناه في كتاب البيوع ولو نحل لابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضا
له مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال
الصغير لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل ان يعدل بين اولاده
في النحلى لقوله تعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان واما كيفية العدل
فقد قال ابو يوسف رحمه الله العدل بينهم في ذلك ان يسوي بينهم في العطية
ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم ان يعطيهم على سبيل المواريث
للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر
الطحاوي وذكر محمد رحمه الله في الموطأ ينبغي للرجل ان يسوي بين ولده في النحلى
ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي ان يكون قوله مع قول ابي يوسف
وهو الصحيح لان بشيرا ابا النعمان اتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال عليه السلم فارجعه وهذا اشارة
الى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية
تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية اولى ولو
نحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لا حق لاحد
فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيها تقيا او جاهلا فاسقا على
قول المتقدمين من مشايخنا واما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى للمتأدبين

مسئلة العدل في نحلة الاولاد

منهم

منهم والمتفقهين دون الفسقة الفجرة **فصل** واما حكم الهبة فالكلام فيه
في ثلثة مواضع في بيان اصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم
اما اصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له من غير عوض لان الهبة تمليك
العين من غير عوض واما صفته فقد اختلف فيها قال اصحابنا رحمهم الله
هي ثبوت ملك غير لازم في الاصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت
اللزوم ويمتنع الرجوع باسباب عارضة وقال الشافعي الثابت بالهبة
ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة خاصة وهي هبة الوالد
لولده فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت حق الرجوع
في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض
المانعة من الرجوع في الهبة وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا اما
الاول فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي احتج الشافعي بما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في
هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسئلة هبة الاجنبي والوالد
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد في قيئه
والعود في القيء حرام وكذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم
والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب
الصيت باظهار الجود والسخا لا طلب العوض فمن طلب منها العوض فقد
طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه ولنا الكتاب والسنة واجماع
الصحابة رضي الله عنهم اما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا
باحسن منها او ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معاني من السلم
والثنا والهدية بالمال قال قائلهم تحيتهم بيض الولايد بينهم لكن الثالث
يكون مرادا بقرينة في نفس الآية وهو قوله او ردوها لان الرد انما يتحقق
في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشيء وذا لا يتصور في

يعني لا يتصور بحسب الحقيقة ... ولا يحمل على المجاز الا عند عدم امكان الحمل على الحقيقة وامكان الحمل على الحقيقة ههنا بين ...

في الاعراض والمشترك يعين احد وجوهه بالدليل واما السنة فما روي
عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب
احق بهبته ما لم يثب منها اي يعوض وهذا نص في الباب واما اجماع الصحابة
فانه روي ان عمر وعثمن وعلي وعبد الله بن عمر وابي الدردا وفضالة بن عبيد
وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلافه فيكون
اجماعا ولان العوض المالي قد يكون مقصودا من الهبة للاجانب فان الانسان
قد يهب من الاجنبي احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعا في المكافاة
والمجازاة عرفا وعادة والموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال الله
تعالى هل جزا الاحسان الا الاحسان وقال صلى الله عليه وسلم من اصطنع
اليكم معروفا فكافئوه فان لم تجدوا ما تكافئوه فادعوا له حتى تعلموا انكم
قد كافيتموه وقال تهادوا تحابوا والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي
الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود في
عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يقدم الرضا والرضا في هذا الباب
كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في باب البيع اذا وجد المشتري
المبيع معيبا لم يلزم العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو
السلامة كذا هنا واما الحديث الاول فله تاويلان احدهما انه محمول
على الرجوع بغير قضا ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد
لولده فانه يحل له اخذه من غير رضا الولد ولا قضا القاضي اذا احتاج اليه
للانفاق على نفسه والثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروة والخلق لا
من حيث الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى لا يحل لك النسا من
بعد قيل في بعض التاويلات لا يحل لك من حيث المروة والخلق ان تتزوج
عليهن بعد ما اخترن اياك والدار الاخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا
من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهو تاويل الحديث الاخر ان

المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروة وخلقا لا شرعا الا ترى
انه قال في رواية اخرى العايد في هبته كالعايد في قيه كالكلب يعود
في قيه والكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا
هاهنا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على اخذ مال ابيه عند حاجته اليه
لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازا او انه لم يرجع حقيقة
على ما نذكر في تلك المسئلة ان شا الله تعالى واما شرط صحة الرجوع بعد
ثبوت الحق فقضا القاضي او التراضي حتى لا يصح بدون القضا والرضا لان الرجوع
فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه لا يصح بدون القضا والرضا
كالرد بالعيب في البيع بعد القبض واما العوارض المانعة من الرجوع فمنها
هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع
في قيمته لانها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج
الموهوب عن ملك الواهب باي سبب كان من البيع والهبة والموت
ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاسباب اما البيع والهبة ونحوهما فظاهر
وكذلك بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتا للمورث حقيقة
لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدده حقيقة جعل متحدا
تقديرا في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة
في حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين
ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين اخرى فكذا اذا اوجب ملكا
لم يكن له ان يفسخ ملكا اخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها
العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت
موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا الهبة اذا وهب له هبة
وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك اذا اعتق المكاتب لان الملك الذي
اوجبه الهبة قد استقر بالقبض فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب

ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند ابي يوسف وعند محمد ليس له ان
يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة فالمولى
يملك اكسابه بحكم الملك الاول او يملكها ملكا مبتدا فعند ابي يوسف
يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد
يملكها ملكا مبتدا فاختلف الملك فمنع الرجوع وجه قول محمد ان ملك
الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار احق باكسابه فبطل
ملك المولى في الكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدا
فمنع الرجوع كملك الوارث وجه قول ابي يوسف ان سبب ثبوت
ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قايم بعد الكتابة الا انه
امتنع ظهوره في ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من
الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة واذا
عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعا لملك الرقبة فلم يكن هذا
ملكا مبتدا والله اعلم ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة
وجملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلوا اما ان كانت متصلة بالاصل
واما ان كانت منفصلة فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع
سوا كانت الزيادة بفعل الموهوب له او لا بفعله نحو ما اذا كان الموهوب
جارية هزيلة فسمنت او دارا فبنى فيها او ارضا فغرس فيها غرسا او
نصب دولابا وغير ذلك مما يستقى به وهو مثبت في الارض مبني عليها على
وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان او كثيرا او كان
الموهوب ثوبا فصبغه بعصفر او زعفران او قطعه قميصا وخاطه او
جبة وحشاه او قباء لانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة
لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها
الفسخ ولا سبيل الى الرجوع في الاصل دون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع

اصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه او ينقصه فله ان يرجع لان
المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ في القيمة التحقت
الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع
سوا كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر او غير
متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوايد لم يرد عليها
العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في
الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد
بالعيب لان المانع هناك هو الربا الا انه يبقى الولد بعد رد الام بكل
الثمن مبيعا مقصودا لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتقدر
في الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد مملوكا مقصودا
بلا عوض بخلاف المبيع وكذلك الزيادة من سعر لا يمنع الرجوع لانه لا
تعلق له بالموهوب وانما هي رغبة يحدثها الله في القلوب فلا يمنع الرجوع
ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في اصول الشرع فلا يعتبر ضمان الغصب
ولا الرهن ولا يمنع الرد بالعيب واما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع
لان ذلك رجوع في بعض الموهوب مع بقايه بحاله فكذا اذا نقص ولا يضمن
الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما
روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب
هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمتنع الرجوع وسواء
قل العوض او كثر لما روينا من الحديث من غير فصل والعوض نوعان متاخر
عن العقد ومشروط في العقد اما العوض المتاخر عن العقد فالكلام فيه
في موضعين احدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني
عوضا والثاني في بيان ماهيته هذا التعويض اما الاول فله شرايط ثلثة

احدها مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة
نحو ان يقول هذا عوض من هبتك او بدل هبتك او مكان هبتك او نحلتك
هذا عن هبتك او تصدقت بهذا بدلا من هبتك او كافأتك او جازيتك
او اثبتك او ما يجري هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من
لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب الانسان شيا وقبضه الموهوب ثم ان
الموهوب له ايضا وهب شيا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو
ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق
الرجوع لانه لم يجعل الثاني مقابلا بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة
فكانت مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني ان لا يكون العوض في العقد
مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب الموهوب لا
يصح وان لم يكن عوضا ولو عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب
على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضا لان التعويض ببعض الموهوب
لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان مقصوده لامسكه ولم يهبه
فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع
وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع فان بعض الموهوب
يكون عوضا عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين اخرى فيصلح عوضا هذا
اذا وهب شيا واحدا او اثنين في عقد واحد فاما اذا وهب شيئين في
عقدين فعوض احدهما عن الاخر فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد
يكون عوضا وقال ابو يوسف لا يكون عوضا وجه قول ابي يوسف ان
حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع ثابت في الهبة
شرعا فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض بخلاف
ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضا عن الباقي انه يجوز وكان عوضا
لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز ان يقع موقع العوض وجه قولهما انهما ملكا

بعقدين متباينين فجاز ان يجعل احدهما عوض الاخر وهذا لانه يجوز ان
يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان
قد يهب شيا ثم يبدو له فصار الموهوب احد العقدين بمنزلة عين اخرى
بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها
العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب
له شيا ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعا
نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمنع وقوعه عن جهة اخرى كما
لو باعه منه ولو وهب له شيا او تصدق عليه بشي فعوضه الصدقة من
الهبة كانت عوضا بالاجماع على اختلاف الاصلين اما على اصل ابي
حنيفة ومحمد فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز ان يكون احدهما
عوضا عن الاخر فعند اختلاف العقدين اولى واما على اصل ابي يوسف
فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث
سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضا وله ان
يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض اصلا
فله ان يرجع ان كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيرا ولم
يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك او استهلكه الموهوب له
لم يضمنه كما لو هلك او استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيرا
لم يضمن كما قبل التعويض ولو استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض
عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقي من العوض ورجع في كل الموهوب
ان كان قائما في يده وهذا قول اصحابنا الثلثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر
المستحق من العوض وجه قوله ان معنى المعاوضة يثبت من الجانبين جميعا
فكما ان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضا عن الثاني ثم لو استحق بعض
الهبة الاولى كان للموهوب له ان يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق بعض

كان للواهب ان يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق الهبة تحقيقا
للمعاوضة ولنا ان الباقي يصلح عوضا عن كل الهبة الا ترى انه لو لم يعوضه
الا به في الابتداء كان عوضا مانعا من الرجوع فكذا في حالة البقاء لان
البقاء اسهل الا ان للواهب ان يرده ويرجع في الهبة لان الموهوب له
غره حيث لم عوضه لاسقاط الرجوع بشيء لم يسلم له فيثبت له الخيار
واما سلامة الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق
الموهوب كان للموهوب ان يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع
في الهبة الاولى فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتا فصار
صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب
فللموهوب له ان يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه
انما جعل عوضا عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه رجع في
العوض بقدره سواء زاد العوض او نقص في السعر او زاد في البدن وان
نقص في البدن كان له ان يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روي عن محمد
رحمه الله في الاملاء وانما لم يمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين
انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد فان
قال الموهوب له انا ارد ما بقي من الهبة وارجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان
العوض لم يكن مشروطا في العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض
عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما
بقي من الهبة فلم يكن له ان يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكا ضمن
قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق
كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل
من غير خلاف وهو احدى روايتي بشر عن ابي يوسف رحمه الله عن ابي
حنيفة وروى بشر رواية اخرى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يضمن شيئا

وهو قول ابي يوسف وجه رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع
مجانا وانما وقع مبطلا لحق الرجوع في الاول فاذا لم يسلم المقصود
منه بقي القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائما يرجع بقيمته اذا هلك
وجه الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة
المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب
غير مضمون بالهلاك والله اعلم هذا اذا كان الموهوب او العوض شيئا
يحتمل القسمة فاستحق بعضه فاما اذا كان مما لا يحتمل القسمة فاستحق
بعض احدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا بطل الهبة ان كانت
هي المستحقة واذا بطل في العوض يرجع في الهبة واذا بطل الهبة يرجع
في العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة او التعويض وقع في مشاع يحتمل
القسمة وذلك باطل والله اعلم واما بيان ما يثبته فالتعويض المتأخر عن
الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين اصحابنا تصح بما تصح به الهبة فيبطل بما تبطل
به الهبة لا تخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت الرجوع في
الاولى ولا يثبت في الثانية واما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة
لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط
حق الرجوع عن نفسه في الهبة فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع
في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له
ان يرده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا
لم يكن له ان يرد العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات
والعوض اذا لم يكن مشروطا في العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان
هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوضية فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة
فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه
فيما ملكه اما الواهب فلانه قد سلم له العوض عن هبته وانه يمنع

الرجوع واما الموهوب له فلانه قد سلم له العوض عن هبته ما هو في
معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله
صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وسواء عوضه
الموهوب له او اجنبي بامر الموهوب له او بغير امره لم يكن للواهب ان
يرجع في هبته ولا للمعوض ان يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب
له اما الواهب فانما لا يرجع في هبته لان الاجنبي ان عوض بامر الموهوب
له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه لم يرجع وكذا اذا
عوض الاجنبي بامره وان عوض بغير امره وقد تبرع باسقاط الحق عنه
والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها
واما المعوض فانما لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض
سلامة الموهوب له واسقاط حق الرجوع وقد سلم له ذلك وانما لا
يرجع على الموهوب له اما اذا كان بغير امره فلانه تبرع باسقاط
الحق عنه فلا يملك ان يجعل ذلك مضمونا عليه واما اذا عوض بامره
لا يرجع عليه ايضا الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا
امره بالتعويض ولم يضمن له فقد امره بما ليس بواجب عليه بل هو
متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الامر الا بشرط الضمان وعلى هذا
قالوا فيمن قال لغيره اطعم عن كفارة يميني او اد زكوتي ففعل انه لا يرجع
بذلك على الامر الا ان يقول على اني ضامن لانه امره بما ليس بمضمون
عليه بخلاف ما اذا امره عن قضاء الدين فقضى انه يرجع على الامر وان لم
يقل على اني ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الامر فاذا امره به فقد
ضمنه ولو عوض له الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن
عن نصفها وكان للواهب ان يرجع في النصف الاخر ولا يرجع فيما عوض
عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزى الا ترى انه لو رجع في نصف الهبة

ابتداء ومن النصف جاز فجاز ان يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف
بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزى فكان اسقاط الحق
عن البعض اسقاطا عن الكل والله اعلم واما العوض المشروط في العقد
بان قال وهبت لك هذا الشيء على ان تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في
ماهية هذا العقد قال اصحابنا الثلثة رحمهم الله ان عقده عقد هبة وجوازه
جواز هبة وربما عبروا انه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي
يقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما ان يرجع
في سلعته ما لم يتقابضا وكذا اذا قبض احدهما ولم يقبض الاخر فلكل واحد
منهما ان يرجع على القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا واذا
تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية
ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر عقده
عقد بيع وجوازه جواز بيع وهو بيع ابتداء وانتهاء ويثبت فيه جميع احكام
البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض ولا يملكان
الرجوع وجه قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك
العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلاف العبارة لا يوجب
اختلاف الحكم كلفظة البيع مع لفظة التمليك ولنا انه وجد في هذا
العقد لفظة الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر في القبض والحيازة
شبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية وحق الشفعة
عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان ومنها ما هو في معنى العوض
وهو انواع ثلثة احدها صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم
من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج
بما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في
هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب ولنا ما روينا

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب احق بهبته ما لم
يثب منها اي لم يعوض وصلة الرحم المحرم عوض معنى لان التواصل سبب
التظاهر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النفس وسبب
الثواب في الدار الاخرة فكان اقوى من العوض المالي وقد روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه ابقى لكم
في الدنيا وخير لكم في الاخرة فيدخل تحت النص وروي عن عمر رضي الله عنه
انه قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها
وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شرا الموهوب لكنه سماه
رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي ان عمر رضي الله عنه تصدق
بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فاراد ان يشتريه فسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وعمر رضي
الله عنه قصد الشرا لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة
العود وهو نهي ندب لان الموهوب له يستحي فيسامحه في ثمنه فيصير
كالراجع في استيفاء الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يحرم الشرا احملناه
على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي
رحم محرم غير محرم فله ان يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا
يكون معنى العوض وكذا اذا وهب لذي رحم محرم لا رحم له لانعدام
معنى الصلة اصلا ولو وهب لعبد هو ذو رحم محرم ومولاه اجنبيا
فاما ان كان المولى والعبد جميعا ذوي رحم محرم من الواهب فان
كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى اجنبيا فله ان يرجع بلا خلاف
بين اصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد
بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض اصلا وان كان
المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد اجنبيا اختلفوا فيه قال ابو

حنيفة رحمه الله يرجع وقال ابو يوسف ومحمد لا يرجع وجه قولهما
ان بطلان حق الرجوع لحصول الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى
الصلة انما يتحقق بوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كان
الواهب اوجب الهبة ابتدا وانه يمنع الرجوع كذا هذا وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله ان الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد الا
ترى ان القبض اليه لا الى المولى وانما يثبت ضرورة تعذر الاثبات للعبد
فاقيم مقامه فاذا لم يثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد
فلا يمنع الرجوع معهما ان الملك لم يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى
من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب اضيف الى العبد والملك وقع للمولى
اذا لم يكن عليه دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي
رحم محرم وان كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد
ان قياس قول ابي حنيفة ان يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع
لان الملك لم يقع له وقرابة المولى ايضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق
الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع بعارض المسقط ولم يوجد فلا
يسقط وذكر الفقيه ابو جعفر الهندواني انه ليس له ان يرجع في هذه
المسالة في قولهم لان الهبة اما ان يعتبر فيها حال العبد او حال المولى وايهما
كان فرحمه كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر
هاهنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار
حالهما لا يمنع الرجوع والله اعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئا
وهو ذو رحم محرم من الواهب او مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان
ادى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها وان كان اجنبيا رجع
وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد في الرق فقياس قول ابي حنيفة
رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان اجنبيا فللواهب

ان يرجع وان كان قريبا فليس له ان يرجع بنا على ان الهبة عندنا اوجبت
ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان ادى فعتق تبين ان
الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى
من حين وجوده كان الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في
الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل
الى المولى بالعجز كانه وهب لحي ثم مات وانتقل الموهوب الى ورثته والله اعلم
والثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان
صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها
التوارث في جميع الاحوال ولا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة
مانعة من الرجوع وكذا ما يجري مجراها والثالث الثواب فلا [illegible]
رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب
بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول
الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا على
الحقيقة اذ العبد لا يستحق لمولاه عليه عوضا ولو تصدق على غني فالقياس
ان يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغني يطلب منه العوض عادة فكان
هبة في الحقيقة فوجب الرجوع الا انهم استحسنوا فقالوا ليس له ان
يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء الا ترى ان من له نصاب
تجب فيه الزكوة وله عيال لا يكفيه ما في يده ففي الصدقة عليه ثواب واذا
كان الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة فاذا اتى بلفظة الصدقة دل انه اراد
به الثواب وانه يمنع الرجوع لما بينا والله الموفق واما الشيوع فلا
يمنع الرجوع في الهبة فللواهب ان يرجع في نصف الموهوب مشاعا وان
كان يحتمل القسمة بان وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا فان
للواهب ان يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب

مطلب لا رجوع في الهبة من الفقير بعد القبض

مطلب

له نصفها مشاعا وان كان يحتمل القسمة بان وهب فان للواهب ان يرجع
في الباقي وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله ان يرجع في
بعضها دون بعض بخلاف الهبة المستقبلة فانها لا تجوز في المشاع الذي
يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والمشاع يخل بالقبض الممكن
من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع
مانعا من الرجوع واما بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول وبالله
التوفيق لا خلاف في ان الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في
الرجوع فيها بالتراضي فمسايل اصحابنا تدل على انه فسخ كالرجوع بالقضاء
فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتداة
لم يصح مع الشياع وكذا لا يقف صحته على القبض ولو كان هبة مبتداة لوقف
صحته على القبض وكذلك لو وهب لانسان شيا ووهبه الموهوب له لاخر
ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع ولو كان هبة مبتداة لم ٨
يكن له حق الرجوع فهذه المسايل تدل على ان الرجوع بغير قضاء فسخ وقال
زفر انه هبة مبتداة وجه قوله ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما
فاشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد
القبض والدليل على انه هبة مبتداة ما ذكر محمد رحمه الله في كتاب الهبة
ان الموهوب له اذا رد الهبة في مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم
الهبة المبتداة ولنا ان الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفا الحق لا
يتوقف على قضا القاضي والدليل على انه يستوفي حق نفسه بالفسخ ان الهبة
عقد جايز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فلا يقف
على القضا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضا القاضي انه يعتبر بيعا
جديدا في حق ثالث لانه لا حق للمشتري في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة
فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم حق الفسخ

في حق ما ثبت على قضاء القاضي واما ما ذكر محمد في اصحابنا من الترمذ وقال
هذا يدل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتداه وما ذكرنا من المسايل يدل
على انه فسخ فكان في المسئلة روايتان ومنهم من قال هذا لا يدل على
اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الواهب لكون المريض منهما
في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتداه
في حق الورثة وهذا ليس بممتنع ان يكون العقد الواحد له حكمان مختلفان
كالاقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث غيرهما والله اعلم
واذا انفسخ العقد عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب
وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ
في باب البيع والموهوب بعد الرجوع امانة في يد الموهوب له حتى لو
هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون واذا انفسخ عقدها بقي القبض
على ما كان قبل ذلك امانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه الا
بالتعدي كساير الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي
ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا
يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي او قضاء
القاضي وليس للموهوب له ان يرجع فيه وكذلك الصدقة اما توقف
الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب
لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون
القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط
للعقد ثم اذا قبض الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فيقع
الهبة عن الرجوع المستحق ولا يقع موقع الهبة المبتداة فلا يصح الرجوع فيه
والله اعلم **فصل** واما بيان ما يرفع حكم الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما
بالاقالة او بالرجوع بقضاء القاضي او بالتراضي على ما بينا واذا انفسخ العقد

يعود

يعود الموهوب الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى
القبض على ما ذكرنا فيما تقدم والله اعلم

كتاب الرهن

الكلام في هذا الكتاب
في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن
وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهونا وما يبطل به الرهن وما لا يبطل
وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل اما ركنه فهو الايجاب
والقبول وهو ان يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بما لك علي من الدين او
يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجري هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت او
قبلت او رضيت وما يجري مجراه فاما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى
شيئا بدراهم ودفع الى البايع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى اعطيك
الثمن فالثوب رهن لانه اتى بمعنى العقد والعبرة في العقود للمعاني والله اعلم
فصل واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى نفس الرهن وبعضها يرجع
الى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع الى المرهون به اما الذي يرجع الى نفس الرهن
فهو ان لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا الى الوقت لان في الرهن والارتهان
معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة
الى وقت كذا هذا واما الذي يرجع الى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز
الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط
وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي الماذون والعبد الماذون لان ذلك من توابع
التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين
واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن
في السفر والحضر جميعا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه استقرض
من يهودي بالمدينة طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر
ولان ما شرع له الرهن وهو الحاجة الى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو

الا من يتوى الحق بالجحود والانكار ويذكر عند السهو والنسيان والتنصيص
على السفر في كتاب الله تعالى ليس للتقييد به بل اخرج الكلام مخرج العادة
كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا واما الذي يرجع الى المرهون فانواع
منها ان يكون محلا قابلا للبيع وهو ان يكون موجودا وقت العقد مالا
مطلقا متقوما مملوكا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما
ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما هو محتمل للوجود والعدم كما اذا رهن
ما تثمر نخله العام او ما تلد اغنامه السنة او ما في بطن هذه الجارية ونحو
ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام
لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال اصلا ولا رهن ام الولد والمدبر المطلق
والمكاتب لانهم احرار من وجه فلا يكونون اموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير
من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين او احدهما مسلما لانعدام تقوم الخمر
والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولا
يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاؤه الا ان الراهن اذا كان ذميا
كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح كانت الخمر في
حكم المغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب واذا كان
الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على الذمي لان خمر المسلم لا
تكون مضمونة على احد واما في حق اهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانها
منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا ولا رهن
المباحات من الصيد والحشيش والحطب ونحوها لانها ليست بمملوكة
في انفسها فاما كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن
مال الغير بغير اذنه لولاية شرعية كالاب والوصي يرهن مال الصبي بدينه
وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو اما ان يجري مجرى الايداع واما ان يجري مجرى
المبادلة والاب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين

نفسه

نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يفتكه
الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم
الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى
دين نفسه بمال ابنه فيضمن ولو ادرك الولد والرهن قايم عند المرتهن فليس
له ان يسترده قبل قضاء الدين لما ذكرنا ان الرهن وقع صحيحا لوقوعه
عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد
الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين ابيه وافتك
الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على ابيه لانه مضطر في قضاء
هذا الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان
مضطرا فلم يكن متبرعا بل يكون مامورا بالقضاء من قبل ابيه دلالة فكان
له ان يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبدا ليرهنه بدين نفسه
فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على
المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصي في جميع ما قلنا حكم الاب
وانما يفترقان في فصل اخر وهو انه يجوز للاب ان يرهن مال الصغير بدين له
على الصغير فاذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا ادرك الولد
فليس له ان يسترده اذا كان الاب اشهد على الارتهان وان كان لم يشهد
على العقد لا يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له ان
يرهن ماله عند عبد ولده الصغير بدين الصغير عليه ويحبسه لاجل الولد
واذا هلك بعد ذلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان اشهد
عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لا يصدق الا ان
يصدقه الولد بعد الادراك والوصي لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا
ارتهانه اما على اصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه
ولا شراء ماله من نفسه اصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع

والشرا لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خير له في الرهن لانه يهلك ابدا بالاقل
من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز والله اعلم وكذا يجوز
رهن مال الغير بغير اذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على
المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من ان
يقضي دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا اذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن
لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فللمستعير
ان يرهنه بالقليل والكثير وباي جنس شاء وفي اي مكان شاء ومن اي انسان
اراد لان العمل بالاطلاق في اللفظ اصل وان كان مقيدا بان سمى قدرا او جنسا
او مكانا او انسانا يتقيد به حتى لو اذن له ان يرهنه بعشرة لم يجز له ان يرهنه
باكثر منها ولا باقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن
لم يتناول الزيادة فلم يكن له ان يرهنه بالاكثر ولا بالاقل ايضا لان
المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالمقدر وقد يكون له في ذلك غرض
صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذا لو اذن له ان يرهنه بجنس لم يجز له ان
يرهنه بجنس اخر لان قضا الدين من بعض الاجناس قد يكون ايسر من بعض
فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا اذن له ان يرهنه بالكوفة لم يجز له ان
يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور
وكذا لو اذن له ان يرهنه من انسان بعينه لم يجز له ان يرهنه من غيره لان
الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شيء مما
ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار
غاصبا وللمالك ان ياخذ الرهن من يدي المرتهن لان الرهن لم يصح فبقي المرهون
في يده بمنزلة المغصوب فكان له ان ياخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون
لا قبل الرهن ولا بعد الفكاك فان فعل ضمن لانه لم يؤذن الا بالرهن فان انتفع
به قبل ان يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برئ من الضمان حين رهن ذكر في الاصل

لانه

لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق بعدما خالف
في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق
انه لا يبرا عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يده لنفسه
حيث تعود المنفعة اليه فلم يكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك
فلا يبرا عن الضمان فاما المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا
عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرا عن الضمان واذا قبض
المستعير العارية فهلك في يده قبل ان يرهنه فلا ضمان عليه لانها هلكت
في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض امانة لا قبض
ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعدما افتكه من يد المرتهن لانه لما
افتكه من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض العارية
ولو وكل الراهن بقبض الرهن من المرتهن احدا فقبضه فهلك في يد القابض
فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده والمالك رضي بيده وان
لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضيا بيده واذا
هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي اذن فيه ضمن الراهن للمعير
قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير
باذنه بالرهن اذ الرهن قضا الدين ويتقرر القضا عند الهلاك وكذلك
لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك
القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل
عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه من الوديعة باذن صاحبها فما
قضى يكون مضمونا عليه وما لم يقض يكون امانة في يده والله اعلم فان عجز
الراهن عن الافتكاك فافتكه الراهن لا يكون متبرعا ويرجع بجميع ما قضى
على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يهلك الدين به ولا يرجع عليه
بالزيادة ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بالفين وقيمة الرهن الف

فقضى المالك الغير انه يرجع على المستعير بالغير وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه
بالف وجه قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن
عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك المقدر على الزيادة كان
متبرعا فيها وجه القول الاخر ان المالك مضطر في قضاء كل الدين الذي
رهن به ماله لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا امكان له الا بقضاء كل
الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان ماذونا فيه من قبل الراهن
دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان
كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن ان يمتنع من قبض الدين
من المعير ويجبر على القبض وتسليم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين
لتخليص ملكه وازالة العلوق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع
من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير
هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان رهنه او بعد ما افتكه
فالقول في ذلك قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير
لكونه قاضيا دين نفسه من مال الغير بدينه وهو منكر القضاء فكان القول
قول المنكر والله اعلم ولا يجوز رهن المجهول ولا مجوز التسليم ونحو ذلك
مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز تمليكه وقد
ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع والله اعلم ومنها ان يكون مقبوض
المرتهن او من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط
جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما يتبعه وفي بيان
انواعه اما الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس
قول زفر في الهبة ان يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلانا
شيئا فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح
قولنا لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا

بذكر

بذكر الرهن فلم يكن لقوله مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر
الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك ليس بركن ولا شرط والصحيح
قول العامة لظاهر قوله تعالى فرهان مقبوضة وصف الرهن بكونه مقبوضا
فمقتضى ان يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبره عن الخلف ولانه عقد تبرع
للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدا على ان يكون الرهن
في يد صاحبه لا يصح الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو اراد
المرتهن ان يقبضه من يده ليحبسه رهنا ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد
ادخلاه في الرهن فلا يصح الرهن ولو تعاقدا على ان يكون في يد العدل
وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول عامة العلماء
وقال ابن ابي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله
تعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل
برضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبض العدل ثم تراضيا على ان يكون الرهن
في يد عدل اخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول برضاهما
فيجوز وضعه في يد الثاني برضاهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا
على ان يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء
كذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن او العدل ثم تراضيا على ان يكون
في يد الراهن ووضعه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وخرج
الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا
على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض
والبيع صحيح لان التوكيل لا يقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن
وكذلك لو رهن مشاعا وسلط عدلا على بيعه فالرهن باطل والوكالة
صحيحة ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا اخر في البيع جاز لان كل
واحد منهما امر مقصود فيصح افراده بالتوكيل واما شرائط صحة القبض

فمنها ان يكون باذن الراهن لما ذكرنا في كتاب الهبة ان الاذن بالقبض
شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا
صحة له بدون القبض اولى ولان القبض في هذا الباب شبه الركن
كما في باب الهبة فيشبه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا
هذا ثم الاذن نوعان نص وما يجري مجرى النص ودلالة فالاول نحو
ان يقول اذنت لك بالقبض او رضيت به او اقبض وما يجري هذا المجرى
فيجوز قبضه سواء كان قبض في المجلس او بعد الافتراق استحسانا
وقياس قول زفر في الهبة انه لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو ان يقبض
المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحسانا وقياس
قول زفر في الهبة ان لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق ولان القبض عنده
ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح
بل اولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن وجه الاستحسان
انه وجد الاذن هاهنا دلالة لان الاقدام على ايجاب الرهن لا ان ذلك
دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة
للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض
والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد
الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع صحيح بدون القبض
فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو
الفرق ولو رهن شيئا متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجر
ونحو مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض
بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس او في غيره
لان الايجاب هاهنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان
قبض باذنه فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جايز لما

على

على اصل ذكرناه في الهبة والله الموفق ومنها الحيازة عندنا في قبض المشاع
وعند الشافعي ليست بشرط وقبض المشاع صحيح وجه قوله ان الشياع
لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك
ان حكم الرهن عنده كون المرتهن احق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله
على ما ذكر والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن
في النصف الشايع بتخلية الكل ولنا ان قبض النصف الشايع وحده
لا يتصور والنصف الاخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا
يحتمل القسمة او لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشايع في النوعين
جميعا بخلاف الهبة لان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة
لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه يختص
بالمقسوم وسواء رهن من اجنبي او من شريكه لما ذكر وسواء كان مقارنا
للعقد او طاريا عليه في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف ان الشيوع
الطاري على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة وصورته اذا رهن شيئا
وسلطه المرتهن او العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا او متفرقا فباع نصفه
شايعا او استحق بعض الرهن شايعا وجه رواية ابي يوسف ان حال البقاء
لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء اسهل من حكم الابتداء ولهذا فرق
الشرع بين الطاري والمقارن في كثير من الاحكام كالاباق الطاري
والعدة الطارية ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل
على كونها شرط البقاء على الصحة وجه ظاهر الرواية ان المانع في المقارن
كون الشيوع مانعا من تحقق القبض في النصف المشاع وهذا المعنى موجود
في الطاري فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا بدين له عليهما رهنا
واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن ان يمسك كله حتى
يستوفي كل الدين واذا قضى احدهما دينه لم يكن له ان ياخذ نصيبه من

الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه
وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا ان كون المرهون
مملوكا للراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير بغير اذنه
على ما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل
واحد منهما فصار كل العبد رهنا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لان
الرهن حبس وليس يمتنع ان يكون العبد للواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن
هذا رهن الشايع فجاز وليس لاحدهما ان ياخذ نصيبه من العبد اذا قضى
ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقي شيء من الدين بقي
استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان
فيه او لا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين احدهما لم يكن له ان يقبض
شيا من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد
يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كان ليس معه غيره لما ذكرنا
وهذا بخلاف الهبة من رجلين على اصل ابي حنيفة رحمه الله انها غير جائزة
لان الهبة تمليك وتمليك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على
الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا
استحالة في كون الشيء الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق
بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لا يكون مضمونا
الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد
منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا للدين من
مالية الرهن وانه لا يبقى لاستيفاء الدينين وليس احدهما باولى من الاخر
فينقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا حبس المبيع
بان اشترى رجلان من رجل شيا فادى احدهما حصته من الثمن لم يكن له
ان يقبض شيا من المبيع وكان للبائع ان يحبس كله حتى يستوفي ما علي

الاخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق
حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار او رهن طايفة معينة من دار
جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل يخرج زيادة الرهن على الدين
على الرهن انها لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد وجملة الكلام في الزيادات
انها انواع اربعة زيادة الرهن وهي نماء كالولد واللبن والثمر والصوف
وكل ما هو متولد من الرهن او في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء
فايت او بدل ما هو في معنى الجزء كالارش والعقر وزيادة الرهن
على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية
ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بالف
ثم ان المرتهن استقرض من الراهن الفا اخر على ان يكون العبد رهنا بالاول
والزيادة جميعا اما زيادة الرهن فمرهونة عندنا على معنى انه يثبت الحكم
الاصلي للرهن فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي
ليست بمرهونة اصلا والمسلة تاتي في بيان حكم الرهن ان شا الله تعالى
واما زيادة الرهن على اصل الرهن فجايزة استحسانا والقياس ان لا
تجوز وهو قول زفر وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن وقد
مرت المسلة في كتاب البيع واما زيادة الرهن على نماء الرهن بعد
هلاك الاصل فهي موقوفة ان بقي الولد حيا وقت الفكاك جازت الزيادة
وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين
وقيام الدين شرط صحة الزيادة واما زيادة الدين على الرهن فهي على
الاختلاف الذي ذكرنا انه لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف جائز وجه قول ابي يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن
في باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن
ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعا والجامع بين البابين ان

الزيادة عندنا تلتحق باصل العقد كان العقد ورد على الاصل والزيادة
جميعا فيصير كانه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز كذا هذا
وجه قولهما ان هذه الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع في الرهن وانه
يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها
فلا يخلو اما ان يصير ذلك العبد بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا
بالاول واما ان يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الى
الاول لان المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثاني لانه
رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا
واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن
على اصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدي الى شيوع الرهن بل الى
شيوع الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد
الزيادة صار بمقابلة بعض الدين والعبد الزيادة بمقابلة البعض الاخر
فيرجع الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة
الرهن وفي الرهن يمنع صحته الا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو
رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو رهن
مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف على القسمة
والتسليم بعد القسمة فاذا وجدا فقد زال المانع من النفاذ فينفذ
والله اعلم ومنها ان يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان
مشغولا بان رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار او سلم الدار مع
ما فيها من المتاع او رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق او سلمه
مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض وهو التخلية الممكنة من التصرف لا
يتحقق مع الشغل ولو اخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر
الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ

كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار
بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع
فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو
رهن الدار والمتاع الذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج
الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما
جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بان رهن احدهما ثم الاخر فان جمع بينهما في التسليم
صح الرهن فيهما جميعا اما المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون
مشغولا بالدار واما في الدار واما في الدار فلان المانع وهو الشغل قد
قد زال وان فرق بان رهن احدهما وسلم ثم رهن الاخر وسلم لم يجز الرهن في
الدار وجاز في المتاع سواء قدم او اخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى الترتيب
ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان
قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا اما في المتاع فلانه غير مشغول
بالدار واما في الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو
ملك الموهوب له فلم تمنع صحة القبض وها هنا الدار هو مشغول بمتاع هو
ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن
في جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم
يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم
جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى
يلقي الحمل منها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه
كان رهنا لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن
الدار التي فيها متاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في الدار دون الدار
ولو رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها او رسنا في راسها فدفع اليه الدابة
مع اللجام والرسن والسرج لم يكن رهنا حتى ينزعه من الدابة ثم يسلم بخلاف ما

اذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها
بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس بتبع
للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن بحكم
التبعية والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها
او بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز الاستثنا ولا العقد اما الاستثنا
فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون واما العقد فلان استثنا
ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والرهن يبطله الشروط الفاسدة كالبيع
بخلاف الهبة ولو اعتق ما في بطن جارية ثم رهن الام او دبر ما في بطنها ثم رهن
الام فالكلام فيها كالكلام في حق الهبة وقد مر في كتاب الهبة والله اعلم
ومنها ان يكون المرهون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا
به غير مميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به ليس
بمرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون
البنا او بدون الزرع والشجر او الزرع والشجر بدون الارض او الشجر بدون
الثمر او الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سوا سلم المرهون بتخلية الكل او لا
لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض [illegible] ولو جد الثمر
وحصد الزرع ثم سلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع
بينهما في صفقة الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة
بان رهن الارض ثم الزرع او الزرع ثم الارض ينظر ان جمع بينهما في التسليم
جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سوا قدم او اخر بخلاف
الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل
هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع في الفصل الاول هو الشغل وانه يختلف
مثال هذا اما اذا رهن نصف دار مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه
النصف الباقي وسلم الكل انه يجوز ولو رهنه نصفها وسلم ثم رهن النصف

الثاني وسلم لا يجوز كذا ههنا وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر
غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا
يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا ايضا
اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل انه لا يجوز ولو رفع الحمل منها وسلمها
فارغة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن في بطن جارية اما في بطن غنمه
او ما في ضرعها او وهب سمنا في لبن او دهنا في سمسم او زيتا في الزيتون
او دقيقا في الحنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة وعند
استخراج ذلك وقبض لان العقد ههنا لم ينعقد اصلا لعدم المحلية لكونه
مضافا الى المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليها وكذا الرهن
اما ههنا العقد ينعقد موقوفا نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز
فاذا وجد فقد زال المانع والله اعلم ولو رهن الشجر بموضعه من الارض
جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا فيه ثمر لم يسمه في الرهن دخل في
الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد
تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو
متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فانه يصح في الشجر
بدون الثمر فلا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار
او هذه الارض او هذا الكرم فاطلق القول ولم يخص شيئا دخل فيه كل
ما كان متصلا به من البنا والغرس لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض
ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن اولى الا انه يدخل فيه الزرع
والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن
الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار
ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقي ان كان الباقي
بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتدا لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا

يجوز رهنه ابتداً افسد الرهن في الكل لانه لما استحق نصفه تبين ان
العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقي فكانه رهن هذا
القدر ابتداً فينظر فيه ان كان محلا لابتدا الرهن بقي الرهن فيه والا
فيفسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتدا الا انه اذا بقي الرهن فيه
يبقى بحصته حتى لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته
وفا بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقي ابتدا وفيه وفا
بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا
وخرجت المشاع على هذا الفصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون
حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيما فافهم ومنها اهلية القبض وهي العقل
لانه يثبت بها اهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان يثبت به
اهلية الشروط اولى والله اعلم واما تفسير القبض فالقبض عبارة
عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه
يحصل بتخلية الراهن بين المرهون وبين المرتهن واذا حصل ذلك صار الراهن
مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه يشترط معه النقل والتحويل ما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية
ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تعالى فرهان مقبوضة ومطلق القبض
ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلية فقبض حكما
لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلية بدون النقل والتحويل
قبض في العرف والشرع اما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل
والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض وهذه القرية او هذه
الولاية في يد فلان ولا يفهم منه الا التخلية وهو التمكن من التصرف واما
الشرع فان التخلية في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان
التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به والله اعلم

واما بيان انواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع
بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة اما القبض بطريق الاصالة فهو
ان يقبض الانسان بنفسه لنفسه واما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع
يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض اما الذي يرجع الى القابض فنحو
قبض الاب والوصي عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام المرتهن حتى لو
هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة
ولان قبض المرهون قبض استيفا الدين واستيفا الدين مما يحتمل النيابة والله
اعلم واما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا
عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا في كتاب
البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الاخر واذا اختلفا
ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم والله
اعلم وان شئت عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرائط نفس
العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا
ويثبت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند
الشافعي ليس بشرط ويثبت عليه المشاع ولنا في اثبات هذا الشرط
دليلان احدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة اخبر الله تعالى ان المرهون
مقبوض فيقتضي كونه مقبوضا ما دام مرهونا لان اخباره لا يحتمل الخلف
والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تعالى سماه
رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في اللغة
قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي حبيسة بكسبها فيقتضي ان
يكون محبوسا ما دام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن
وسواء كان مما يحتمل القسمة او مما لا يحتمل القسمة لان الشيوع يمنع دوام
القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا او طاريا في ظاهر الرواية

لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسوا كان الرهن من اجنبي او من شريكه
لانه لو جاز لامسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن
فيختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى
ويصير كانه رهنه يوما ويوما لا وذا لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج
رهن ما هو متصل بغير ما ليس بمرهون لان اتصاله بغير المرهون يمنع من
ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا
عما ليس بمرهون ومنها ان يكون متصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت عن
كل واحد منها مسايله التي ذكرناها فافهم والله اعلم واما الذي يرجع
الى المرهون به فانواع ايضا منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط
يقع في موضعين احدهما في اصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون
اما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن
لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه او بمعنى
استيفا الواجب ولسنا نعني بالمضمون سوا ان يكون واجب التسليم على
الراهن والمضمون نوعان دين وعين اما الدين فيجوز الرهن به باي سبب وجب
من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على
اختلاف اسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسوا
كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض او لا يحتمله كراس مال السلم وبدل
الصرف والمسلم فيه وهذا عند اصحابنا الثلثه وقال زفر لا يجوز الرهن
بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق
الاستبدال على معنى ان عين الرهن يصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفا
لان الاستيفا لا يتحقق الا عند المجانسه والرهن مع الدين يكونان مختلفي
الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفا فتعين ان يكون
بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون
كما

كما لا يجوز استبدالها لا يجوز الرهن بها ولنا ان السقوط بطريق الاستيفا
لما نذكر في حكم الله تعالى واستيفا هذه الديون ممكن واما قوله الاستيفا
يستدعي المجانسه فنقول المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفا يقع
بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس
واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفي بمطلق المالية
للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة
في باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفا فامكن
القول بالاستيفا واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن في المجلس
تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان
لم يهلك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقا على الصحة وهو القبض في المجلس
واما العين فنقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي امانة
في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة
والمستاجر ونحوها لانها ليست بمضمونة اصلا واما العين المضمونة فنوعان
نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه ان كان له
مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج
وبدل الخلع في يد المراه وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف
في انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين وان هلك في
يده قبل استرداد العين والعين قايمة يقال للراهن سلم العين الى المرتهن
وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك
واذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن فان هلكت
العين والرهن قايم صار الرهن بها رهنا بقيمتها حتى لو هلك الرهن بعد
ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العين لان قيمة العين بدلها

الرهن ان ثاه

وبدل الشيء قايم مقامه كانه هو واما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البايع ليس هو مضمونا بنفسه الا ترى انه لو هلك في يده لا يضمن شيا بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن عن المشتري اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك في يده قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع بهلاكه وله ان يقبض المبيع اذا اوفى ثمنه وعليه ايضا ضمان الاقل بهلاك الرهن في يده ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قايم بطل البيع لان هلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع وعلى المشتري ان يرد الرهن على البايع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبايع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلم يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفا المرهون فلا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لان المشتري لا يصير مستوفيا شيا بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لا غير وجه ظاهر الرواية ان الاستيفا هاهنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن الا ترى انه اذا هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امراة على دراهم بعينها او اشترى شيا بدراهم بعينها فاعطى بها رهنا لم يجز عند اصحابنا الثلثة وعند زفر يجوز بنا على ان الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وان عينت فكان

على الراهن مثلها لا عينها فلم تكن العين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده تتعين بالتعيين بمنزلة العروض فكان العين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة في النفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل الا ترى لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضمونا اصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة المغنية والنايحة بان استاجر مغنية او نايحة واعطاها بالاجرة رهنا لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل رهنا ليقرضه فهلك الرهن قبل ان يقرضه يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشرا والله اعلم واما صفة المضمون فنوعان احدهما متفق عليه والاخر مختلف فيه اما المتفق عليه فهو ان يكون مضمونا في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا في الثاني كالرهن بالدرك بان باع شيا وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البايع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سوا وجد الدرك او لم يوجد ولو هلك يهلك امانة سوا وجد الدرك او لم يوجد وكذا اذا ارتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا في الثاني جايزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفا من وجه للحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفا المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب

الاستيفاء والايفاء اشبه البيع فلا يحتمل الاضافة كالبيع ولان
القياس يأبى جوازهما جميعا لان كل واحد منهما يستدعي مضمونا الا
ان الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فبقي الامر فيه
على اصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا بالقرض ان الرهن
يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم
المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض
على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقته كالمقبوض على سوم الشرا ولم
يوجد ها هنا ولو قال لآخر ضمنت لك ما لك اذا حل على فلان اذا اجل يجوز
اخذ الرهن والكفيل به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن بما لك عليه لم يجز اخذ الرهن به ويجوز اخذ الكفيل والفرق في المسألة الاولى الكفالة
والرهن كل واحد منهما اضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب
قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأخر في تأخير المطالبة بخلاف
الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال ولا ما له حكم المضمون
بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن ما لك عليه لان ذلك تعليق
الضمان بشرط القدوم فكان عدما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة
الى مضمون الحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعي
مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر والله اعلم واما المختلف فيه
فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا وباطنا او كونه مضمونا
من حيث الظاهر يكفي لصحة الرهن ذكر محمد رحمه الله في الجامع ما يدل
على ان كونه مضمونا في الظاهر كافيا ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة
فانه قال اذا ادعى رجل على رجل الف درهم قرضا فجحد المدعى عليه
ثم انه صالح المدعي من ذلك على خمسمائة واعطاه بها رهنا يساوي

خمس

خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعي
عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن ان يرد على الراهن خمس
مائة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر الا ترى لو
اختصما الى القاضي قبل ان تصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على انقاد
الخمسمائة فكان رهنا بما هو مضمون ظاهرا فصح يدل عليه ان
الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلان يجوز بالضمان الثابت من
حيث الظاهر اولى وروي عن ابي يوسف انه لا يضمن شيئا لانهما لما
تصادقا على انه لم يكن عليه شيء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون اصلا
فلا يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى عبدا بالف درهم من رجل
وقبض العبد واعطاه بالالف رهنا يساوي الفا فهلك الرهن عند
المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر او استحق العبد من يده يهلك مضمونا
لان الالف كان مضمونا على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين مضمون
عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة
دراهم او اشترى دنا من خل واعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان
الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان
خطأ واعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالاقل
من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف
ينبغي ان لا يضمن في هذه المسائل ايضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس
بمضمون حقيقة فلم يصح والله اعلم ولو ادعى المستودع او المضارب
هلاك الوديعة او المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا
على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم
تصادقا ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند ابي يوسف
يضمن وهذا الاختلاف مبني على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما لم

يصح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فصح وعند ابي يوسف
لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس مضمون حقيقة فلم يصح والله اعلم ومنها
ان يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان
الارتهان استيفا وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما
دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفا القصاص من الرهن ويجوز
الرهن بارش الجناية لان استيفاه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى
هذا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الرهن بالشفعة لان حق
الشفعة لا يحتمل الاستيفا من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا ايضا
يخرج الرهن بالكفالة بالنفس انه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل
الاستيفا من الرهن **فصل** واما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق
الرهن نوعان صحيح وفاسد اما الرهن الصحيح فله احكام بعضها يتعلق بحال
قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه اما الذي يتعلق بحال قيام المرهون
فثلثة عندنا احدها ملك حبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك او
ملك العين في حق الحبس على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك او كون
المرتهن احق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك والمعاني الثلثة
متقاربة المعاني في متعارف الفقهاء والثاني اختصاص المرتهن ببيع المرهون
واختصاصه بعينه وهذان الحكمان اصليان للرهن عندنا والثالث وجوب
تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعي الحكم الاصلي للرهن
واحد وهو كون المرتهن احق ببيع المرهون واخص بثمنه من ساير الغرماء
فاما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيا يمكن الانتفاع
به بدون استهلاكه كان للراهن ان يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا
فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه
كالمكيل والموزون فليس للراهن ان يسترده من يده احتج بما روي عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه
له غنمه وعليه غرمه اخبر ان الرهن لا يغلق اي لا يحبس وعندكم يحبس
فكان حجة عليكم وكذا اضاف الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه
صاحبا له على الاطلاق فيقتضي ان يكون هو المالك للرهن مطلقا رقبة وانتفاعا
وحبسا ولان الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل اللزوم
يضاد معنى الوثيقة لانه يكون في يده دايما وعسى يهلك فيسقط الدين
فكان توهينا للدين لا توثيقا له ولان فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها في نفسها
عن الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن اصلا والراهن لا يملك
الانتفاع به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وانه من اعمال
الجاهلية وقد نفاه الله تعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سايبة
ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة
اخبر الله تعالى بكون المرهون مقبوضا ما دام مرهونا ولان الرهن في
باب رهن اللغة عبارة عن الحبس قال الله تعالى كل امرئ اي حبيس فيقتضي
ان يكون الرهن محبوسا ما دام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام
لم يكن محبوسا على الدوام فلم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين
التي ورد عليها العقد رهنا وانه ينبي عن الحبس لغة فكان ما دل عليه
اللفظ لغة حكما له شرعا لان الاسما الشرعية دلالات على احكامها
كلفظة الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن
شرع وثيقة بالدين فيلزم ان يكون حكمه ما يقع به التوثق للدين
كالكفالة وانما يحصل التوثق اذا كان في حبسه على سبيل الدوام لانه
يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين في اسرع الاوقات وكذا
يقع الامن عن تواحده بالجحود والانكار على ما عرف ولا حجة له في
الحديث لان معنى قوله لا يغلق الرهن اي لا يملك بالدين كذا قاله اهل اللغة

علق الرهن اي ملك الدين وهذا كان حكما جاهليا فرده رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقوله هو لصاحبه الذي رهنه تفسير لقوله لا يغلق
الرهن وقوله له غنمه اي زوايده وعليه غرمه اي نفقته وكفنه
والله اعلم قوله انما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه سوى حقه
بهلاك الرهن قلنا على احد الطريقين لا يسوى بل يصير مستوفيا والاستيفا
ليس بهلاك الدين واما على الطريق الاخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون
وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس يضاف الى حكم الرهن لان
حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس قوله فيه تسبيب ممنوع فان بعقد
الرهن مع التسليم يصير الراهن موفيا دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفيا
في حق الحبس والايفا والاستيفا من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن
في حال قيامه يخرج عليه المسايل المتعلقة به اما على الحكم الاول وهو
ملك الحبس فالمسايل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها
يتعلق بكيفيته اما الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق ليس
للراهن ان ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك
لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل اللزوم وهذا الا يمنع الاسترداد
والانتفاع وليس له ان يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه
من غير رضاه ولو باعه يوقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان اجازه جاز
لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ
وكان الثمن رهنا سوا شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا اولا
في جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يكون رهنا الا
الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال
عنه حقه بالبيع الا انه اذا شرط عند الاجازة ان يكون مرهونا فلم يرض
بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال عنه حقه اصلا وجه

ظاهر

ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال
حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزايل الى خلف قايم معنى فيقام الخلف
مقام الاصل وسوا قبض الثمن من المشتري او لم يقبضه لانه يقوم مقام
ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له ان يهبه من غيره
او يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل وقف على اجازة المرتهن
ان رده بطل وله ان يعيده رهنا وان اجازه جاز لما قلنا وبطل عقد الرهن
لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له ان يواجره من اجنبي
بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجارة ولان الاجارة عقد
للانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف
على اجازته فان رده بطل وان اجاز جازت الاجارة لما قلنا وبطل عقد
الرهن لان الاجارة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة
للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له ايضا لانه
هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة
ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا فاما الثمن في باب البيع بدل
المبيع وانه مرهون فجاز ان يكون بدله مرهونا وكذلك لو اجر من المرتهن
صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة اما صحة الاجارة
وبطلان الرهن فلما ذكرنا واما الحاجة الى تجديد القبض لان قبض الرهن
دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة
الاجارة او بعد انقضايها يهلك امانة ان لم يوجد منه منع من الراهن
وان منعه من الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته
لانه صار غاصبا بالمنع وليس له ان يعيره من اجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا
فلو اعار وسلم فللمرتهن ان يبطل الاعارة ويعيده رهنا ولا يبطل الرهن
لكن يبطل ضمانه وكذا اذا اعار باذن المرتهن بخلاف ما اذا اجر واجاز

المرتهن او اجره باذنه انه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم الا ترى
ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها
بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد
في اي وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا انه يبطل ضمان
الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون
حتى لو كان عبدا ليس له ان يستخدمه وان كان دابة ليس له ان يركبها
وان كان ثوبا ليس له ان يلبسه وان كان دارا ليس له ان يسكنها وان كان
مصحفا ليس له ان يقرا فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع
فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا
وليس له ان يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس
فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن
الراهن ولو باع بغير اذنه وقف على اجازته فان اجاز جاز وكان الثمن
رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا وسواء قبضه من
المشتري او لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على
الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو ان لا يكون المرهون دينا والثمن
دين في ذمة المشتري فكيف يكون رهنا والجواب ان الدين يصلح رهنا
في حالة البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبدل
المرهون مرهون لانه قام مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء
وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل
الاجازة لم تجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن
بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المشتري لان كل واحد منهما
صار غاصبا المرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض وان ضمن المشتري جاز
البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين انه

لبس جـ

باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون
رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن
اذا سلم الرهن الى المشتري اولا ثم باعه منه فاما اذا باعه ثم سلمه
فلا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان
وملك الضمان يملك المضمون والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع
كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه انه لا يجوز بيعه كذا هذا
وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع
لان تضمين المشتري لم يتبين ان المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا
لانه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له
ان يرجع بالضمان عليه وليس له ان يهبه او يتصدق به بغير اذن الراهن لان
الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين
فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان اجاز
جاز وبطل الرهن وان رد عاد رهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب
له او المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن
وان شاء ضمن الموهوب له او المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار
ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا
وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه اما المرتهن فلا شك فيه لانه
ملك المرهون بالضمان فتبين انه وهب او تصدق ملك نفسه واما الموهوب
له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الغرور وانه لا يتحقق في
الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له ان يواجر من غير
الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس
لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن
فان اجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة للراهن

ولا يكون رهنا لما مر ولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستيناف وان رده بطل واعاده رهنا كما كان ولو اجر بغير اذن الراهن وسلمه الى المستاجر فهلك فيه فالراهن بالخيار ان شا ضمن المرتهن قيمته وقت القبض التسليم الى المستاجر وان شا ضمن المستاجر لوجود سبب وجود الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير انه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستاجر لكنه يرجع عليه بالاجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين انه اجر ملك نفسه فصح وكانت الاجرة له لا انها بدل المنفعة له الا انها لا يطيب له وان ضمن المستاجر فالمستاجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا اجرة عليه لان الاجرة مع الضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق بعد والاجر للمرتهن لكنه لا يطيب له كالغاصب اذا اجر المغصوب وليس له ان يعير الرهن من غير المرتهن بغير اذنه لما ذكرنا في الاجارة فان اعار وسلمه الى المستعير فللراهن ان يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شا ضمن المرتهن وان شا ضمن المستعير وايهما ضمن لا يرجع بما ضمن على صاحبه ويكون الضمان رهنا اما المرتهن فلانه ملك بالضمان فتبين انه اعار ملك نفسه واما المستعير فلان الرجوع بالغرور ولم يوجد بخلاف الاجارة واما كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو اعاره باذن الراهن او بغير اذنه فاجاز

جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له ان يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول ان يبطل الرهن الثاني ويعيده الى يد المرتهن الاول فان هلك الرهن في يد المرتهن الثاني قبل الاعادة الى يد الاول فالراهن الاول بالخيار ان شا ضمن المرتهن الاول وان شا ضمن المرتهن الثاني فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثاني لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن الثاني يهلك بالدين وكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا عند المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه اما الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه واما الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصح فبقي دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول اما جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول واذا جاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه فليس له ان يودعه عند اجنبي ليس في عياله لان الراهن لم يرض الا بيده او بيد من في معنى يده فان فعل فهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالايداع وله ان يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخادمه واجيره الذي يتصرف في ماله لان يد هولا كيده الا ترى انه يحفظ مال نفسه بيد هم فكان الهلاك في يدهم كالهلاك في يده والاصل في هذا ان للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يعد حفظا له وليس له ان يفعل ما يعد استعمالا له وانتفاعا به وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن الخاتم

بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو ما دون في الحفظ لان في
الاستعمال ويستوي فيه اليمنى واليسرى لان الناس يختلفون في التجمل
بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في اليمنى ومنهم من يتجمل بالتختم في اليسرى
فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله في بقية الاصابع يهلك هلاك الرهن
لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم
فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة ان كان اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين
يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ له
ولو رهنه سيفين فتقلدهما يضمن ولو كان السيوف ثلثة فتقلد
بها لم يضمن لان التقلد بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال
فاما بالثلث فليس بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو كان الرهن
طيلسانا او قبا فلبس لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك
يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله ان يبيع ما يخاف الفساد
عليه باذن القاضي لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله ان
يبيعه لكن باذن الحاكم لان له ولاية في مال غيره بالجملة فان باع بغير اذنه
ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر القاضي كان ثمنه رهنا في يده
لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وله ان يطالب الراهن بايفاء الدين
مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين
وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بايفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن
بحقه فقال له الراهن بعه واستوف حقك فقال له المرتهن لا اريد
البيع ولكن اريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه
رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله ان يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين
ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فهو بدينك
او بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط

وانه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي ان يبيع الرهن بدين المرتهن من غير
رضا الراهن ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند ابي حنيفة وعندهما
له ان يبيعه عليه وهي مسئلة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر
والله اعلم وكذا ليس للعدل ان يبيع الرهن بدين المرتهن كما ليس للراهن ولا
للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلثة مواضع احدها في بيان ما للعدل
ان يفعله في الرهن وما ليس له ان يفعله والثاني في بيان من يصلح عدلا
في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن
الوكالة وما لا ينعزل فنقول وبالله التوفيق للعدل ان يمسك الرهن
بيده وبيد من يحفظ مال نفسه بيده وليس له ان يدفعه الى المرتهن بغير
اذن الراهن ولا الى الراهن قبل سقوط الدين بغير اذن المرتهن لان كل
واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث هو في يد العدل ولو دفعه الى احدهما
بغير رضا صاحبه فلصاحبه ان يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان فان
هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس
له ان ينتفع بالرهن ولا ان يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير
ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف
وليس له ان يبيعه لما ذكرنا الا اذا كان مسلطا على بيعه في عقد الرهن
او متاخرا عنه وله ان يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا ان التسليط
اذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متاخرا
عن العقد يملكه لما نذكر وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها
مرهونة تبعا للاصل وكذا له ان يبيع بان كان الرهن عبدا فقتله عبد
فدفع به او فدا عنه لانه اذا قام مقامه جعل كان الاصل قايم ثم
اذا سلطه على البيع قايما فله ان يبيعه باي جنس كان من الدراهم او الدنانير
وغيرها وباي قدر كان مثل قيمته او بما قل قدر ما يتغابن الناس فيه وبالنقد

والنسيئة عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان يبيع قبل حلول الاجل لان
الامر مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الى ان يحل الاجل لان ثمن المرهون
مرهون فاذا حل الاجل اوفى دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلطه
على البيع عند المحل لم يجز له ان يبيعه بجنس المسلم فيه ويبيع جنسه عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم
فيه وهي مسئلة الوكيل بالبيع المطلق انه يبيع باي ثمن كان عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد ليس له ان يبيع بما لا يتغابن الناس فيه
ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا انهما جوزاها في مسئلة السلم
بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين منه والجنس اقرب الى
القضاء ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن
ليس له ان يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيدا فيلزم مراعاة القيد
فيه اذا كان القيد مفيدا وهذا النوع من التقييد مفيد وان نهاه
متراخيا عن العقد لم يصح نهيه لان التقييد المتراخي ابطال من حيث الظاهر
كالتخصيص المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه نسخا
لا بيانا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة عند
العقد بالعزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار
ملكا للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضا
او غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن ويهلك بالاقل
من قيمة الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع
لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم
ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع
الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين
من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل ثم استحق في يد المشتري

فللمشتري ان يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد في باب
البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شاء استرد من المرتهن ما اوفاه من
الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم
للمرتهن ما قبض اما ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل
بالاستحقاق وتبين ان الثمن من المرتهن لم يصح فله ان يسترد منه واذا استرده
عاد الدين على حاله واما الرجوع بما ضمن على الراهن فلانه وكيل الراهن
فله ان يرجع بالعهدة وان رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لانه ترجح قبضه
هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك في يده قبل التسليم ليس له ان
يرجع الا على الراهن لان وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه
في الاصل لا على غيره الا ان له ان يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا
لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق
ورجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به
عيبا كان له ان يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع
الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي اعطاه
والعدل بالخيار ان كان رد عليه بقضاء القاضي ان شاء رجع على المرتهن ان
كان سلم الثمن اليه وان شاء رجع على الراهن اما على المرتهن فلانه اذا رد عليه
بعيب بقضاء القاضي فقد انفسخ العقد فكان له ان يرجع بالثمن وعاد دين
المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين واما الرجوع على الراهن
فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة وان كان العدل لم يعط المرتهن
الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على احد وان كان هلك
في يده وضمن من ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا
في الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط
مشروط في عقد الرهن فاما اذا كان تسليط وجد من الراهن بعد الرهن

قبضه

فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سوا قبض المرتهن الثمن او
لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله
في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا ان التسليط اذا كان
مشروطا في العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة
على ما ذكرنا فاذا وقع البيع لحقه جاز ان يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن
مشروطا فيه لم يثبت التعلق فبقي حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم
الاصل وللعدل ان يبيع الزوائد المتولدة لانها مرهونة تبعا للاصل لثبوت حكم
الرهن فيها وهو حق الحبس تبعا فله ان يبيعها كما له ان يبيع الاصل وكذا
العبد المدفوع بالجناية على الرهن بان قتل الراهن او فقا عينه فدفع به فللعدل
ان يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحما ودما فصار كان الاول قائم والله اعلم
وللعدل ان يمتنع من البيع فاذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد
الرهن وان كان في الرهن لم يكن له ان يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط
اذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع
فاشبه الوكيل بالبيع في ساير المواضع واذا كان مشروطا فيه كان
حق المرتهن متعلقا به فله ان يجبره على البيع لاستيفاء حقه والله اعلم واما
بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المادون
حتى لو رهن العبد المادون على ان يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سوا كان على
العبد دين او لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولاه حتى لو رهن انسان على ان
يضع في يد عبده المادون صح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير
العدل وكيلا في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيلا للاجنبي في قبض الدين
الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل له بنفسه
من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيلا للاجنبي
في استيفاء الدين من مولاه لذلك افترقا وعن ابي يوسف ان المولى يصلح عدلا

في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن مولاه لان المكاتب
حر يدا فكان كل واحد منهما اجنبيا عما في يد الاخر والمكفول عنه
لا يصلح عدلا في رهن الكفيل والكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول
عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا في استيفاء الدين من
صاحبه لانه يعمل لنفسه اما المكفول عنه فتفريغ ذمته عن الدين
واما الكفيل فتخليص نفسه عن الكفالة بالدين واحد شريكي المفاوضة
لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان كل واحد منهما يد صاحبه
فكان ما في يد كل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد
المرتهن وانه شرط صحة الرهن وكذلك احد شريكي العنان في التجارة
لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا وان كان من غير التجارة
فهو جائز في الشريكين جميعا لان كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه في غير دين
التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن
ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال
حتى لو رهن المضارب شيا في مال المضاربة بدين في المضاربة على ان يضع
على يد رب المال او رهن رب المال على ان يضع على يد المضارب لا يجوز
الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم
يتحقق خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب
ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيا في مال المضاربة
بدين في المضاربة على ان يضع على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب
يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن
فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بثمن ما اشترى للصغير بان
اشترى الاب للصغير شيا ورهن بثمن ما اشترى له على ان يضعه على يد نفسه

فقد شرط على ان لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد
الرهن وان كان قبضه للمرتهن ثم وضعه وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن
فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الراهن
على ان يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد
ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده
شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز
بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن في ملكه فكان
الاصل فيه هو النفاذ والتوقف لحق المرتهن فاذا رضي به فقد زال المانع
فينفذ والله اعلم واما بيان ما ينعزل به العدل وتخرج عن الوكالة
وما لا ينعزل فنقول وبالله التوفيق التسليط على البيع لا يخلو اما
ان يكون في عقد الرهن واما ان يكون متاخرا عنه فان كان في العقد
فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت في
العقد كانت تابعة للعقد وكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن
بفسخها كما لا ينفرد الراهن بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن
ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع
العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان
التسليط متاخرا عن العقد فللراهن ان يعزله وينعزل بموت الراهن
ايضا لان التسليط المتاخر عن العقد توكيل مبتدا فينعزل الوكيل
بعزل الموكل وموته وساير ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا
جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف ان التسليط الطاري على العقد والمقارن اياه سوا
لانه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية
لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجود

تقديرا

تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل
سوا كانت بعد العقد او في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه
مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضي به ولم يرض بغيره فاذا
مات بطلت الوكالة ولكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل
اخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتدا بتراضيهما
فيجوز في يد الثاني في الانتها فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا
ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني ان يبيع
الا ان بموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثاني والله اعلم وعلى
هذا تخرج نفقة الرهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل فيه ان
ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان
من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن
اذا كان رقيقا وطعامه على الراهن وكذا شرابه وكسوته على الراهن
واجرة ولد ظير الرهن عليه فان كان دابة فالعلف واجرة الراعي
عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه
عليه سوا كان في قيمة الرهن فضل او لم يكن لان هذه الاشيا من حقوق
الملك ومونات الملك ومونة والملك للراهن فكانت المونة
عليه والخراج على الراهن لانه مونة الملك واما العشر ففي الخارج
ياخذه الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن
شايعا انه يبطل الرهن في الباقي ووجه الفرق ان الفساد في الاستحقاق
لمكان الشيوع ولم يوجد هاهنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر
المستحق لم يصح والباقي شايع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان
وجوبه في الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل انه يجوز بيعه وتجوز له
الا قرار وغيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشي عن ملكه فلا

يتحقق فيه معنى فهو الفرق ولو كان في الرهن نما فاراد الراهن ان
يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لان زوايد
المرهون مرهونه عندنا تبعًا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك من
الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن اجرًا على حفظه
بحفظه لا يستحق لا يستحق المرتهن شيا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا
يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع
اجرًا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه
فجاز شرط الاجر واجرة الحافظ عليه لانها مؤونة الحفظ والحفظ
عليه وكذلك المسكن والماوى لما قلنا وروى عن ابي يوسف ان
كرا الماوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الابق على المرتهن
بقدر الدين والفضل على ذلك على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن
لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل امانة فانقسم
الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف اجرة المسكن انها على
المرتهن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت
على المرتهن لكونها مؤونة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان
كل المؤونة عليه فاما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا والمضمون
بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والفدا من الجناية الذي يلحق
الرهن بمنزلة جعل الابق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك المداواة
الجروح والقروح والامراض ينقسم عليهما على قدر الضمان والامانة
كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي ان المداواة على
المرتهن لانها من باب احيا حقه وهو الدين والله اعلم وكل ما وجب على
الراهن واداه المرتهن بغير اذنه او وجب على المرتهن فاداه الراهن بغير اذنه
فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره فان فعل بامر القاضي يرجع على صاحبه

لان

لان للقاضي ولاية حفظ اموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن
بالانفاق في وجه يرجع على صاحبه بما انفق طريق صيانة المالين وكذلك
اذا فعل احدهما بامر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالانفاق
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الراهن ان كان غايبًا فانفق المرتهن بامر
القاضي يرجع عليه وان كان حاضرًا لم يرجع عليه وقال ابو يوسف يرجع
في الحالين جميعًا بنا على ان القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه
وهي مسلة الحجر على الحر وقد مرت في كتاب الحجر وعلى هذا تخرج زوايد
الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في زيادة الرهن انها على ضربين
زيادة غير متولدة من الاصل في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة
وزيادة متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر والصوف او في حكم
المتولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في ان الزيادة الاولى ليست
مرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن
واختلف في الزيادة الثانية قال اصحابنا انها مرهونة وقال الشافعي
ليست بمرهونة بنا على ان الحكم الاصلي للرهن عنده هو كون المرتهن احق
ببيع المرهون واحق بثمنه من بين ساير الغرماء فحق البيع لا حق له في الرهن
حتى يسري الى الولد فاشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت لان حكم
الجناية لا يثبت في ولدها لما ان حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجني
عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل
على ان الزيادة ليست بمرهونة انها ليست بمضمونة كالاصل وعندنا حق
الحبس حكم اصلي للرهن ايضا وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعا
فكانت الزيادة مرهونة تبعًا للام الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم
الرهن فيها تبعًا لا اصلا فكانت مرهونة تبعًا لا اصلا كولد المبيع انه مبيع
على اصل اصحابنا رحمهم الله لكن تبعًا لا اصلا فلا يكون له حصة من الثمن

الا اذا صار مقبوضا بالقبض وكذا المرهون تبعا لا يكون له حصة من
الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة
عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن ان يفتك احدهما
الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله
بكل جزء من اجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ويقسم الدين
على الاصل والزيادة على تقدير بقائها الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن
تعتبر قيمة الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين
ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا تخرج الزيادة على الرهن انها
لما كانت جائزة على اصل اصحابنا رحمهم الله كان للمرتهن ان يحبسهما جميعا
بالدين ولا سبيل للراهن على احدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما
مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا انه تعتبر قيمة الرهن وقت العقد
وقيمة الزيادة وقت الزيادة وايهما يهلك يهلك بحصته من الدين بخلاف
الفرق بين الزيادتين نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى واما الذي يتعلق
بكيفية هذا الحكم فنوعان احدهما ان الثابت للمرتهن حق حبس الدين بالرهن
الذي رهن به وليس له ان يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن او بعده
لانه رهن بهذا الدين لا بدين اخر فلا يملك حبسه بدين اخر لان ذا الدين لا رهن به
والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن
اقل من الدين او اكثر حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن ان يحبس كل
الرهن حتى يستوفي ما بقي قل الباقي او كثر لان الرهن في حق ملك الحبس لا يتجزى
فما بقي شيء من الدين يكون محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد
شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير رضا المرتهن
وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئا واحدا او اشياء ليس للراهن ان يسترد
شيئا من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمى لكل واحد منهما شيئا من

المال الذي رهن به او لم يسم في رواية الزيادات وذكر في الاصل الزيادات[الامر]
فيمن رهن مائة شاة بالف درهم على ان كل شاة منها بعشرة دراهم فادى
عشرة كان له ان يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله ان ما ذكر في الاصل
قول ابي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد رحمهما الله وذكر الجصاص
ان في المسألة روايتين عن محمد وجه رواية الزيادات انه لما سمى لكل واحد
منهما دينا متفرقا اوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كانه رهن كل واحد منهما
بعقد على حدة وجه رواية الاصل ان الصفقة واحدة حقيقة لانها اضيفت الى
الكل اضافة واحدة الا انه فرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب
تفريق الصفقة كما في باب البيع الا اذا اشتملت الصفقة على اشياء كان
للبائع حق حبس كلها الى ان يستوفي جميع الثمن وان سمى لكل واحد منها
ثمنا على حدة كذا هذا والله اعلم واما الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن
ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن في
حال حياة الراهن وعليه ديون اخر فالمرتهن احق بثمنه من سائر الغرماء لان
بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله
وهو الثمن ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان في
الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان انقص من الدين
رجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن الى
وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهونا فاذا حل الاجل فان
كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه وان كان من خلاف جنسه
حبسه الى ان يستوفي دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن
وعليه ديون ولم يخلف مالا اخر سوى الرهن كان المرتهن احق بثمنه من سائر
الغرماء لما ذكرنا فان فضل شيء منه يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم
بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين

رجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بين الغرماء بالحصص لان قدر
الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوي فيه الغرما وكذلك لو كان على الراهن
الراهن دين اخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له ان يستوفيه من ثمن
الرهن لان ذلك الدين دين لا رهن به فيتضارب فيه الغرما كلهم واما الحكم
الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة
وقت وجوب التسليم فنقول وبالله التوفيق وجوب تسليمه ما بعد
قضاء الدين يقضي الدين اولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه
ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن اولا فمن الجايز ان يموت الراهن قبل
قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضا
الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب يومر باحضار الرهن اولا ويقال
له احضر الرهن اذا كان قادرا على الاحضار من غير ضرر زايد ثم خاطب الراهن
بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضايه من غير احضار الرهن ومن الجايز ان
الرهن قد يهلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدي الى الاستيفا
مرتين وكذلك المشتري يومر بتسليم الثمن اولا اذا كان دينا ثم يومر البايع
بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البايع اذا طالب بتسليم الثمن
يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسوا كان عين الرهن قايما
في يد المرتهن او كان في يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين
نحو ما اذا كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين او قتل
الرهن خطا وقضي بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان
للراهن ان لا يدفع حتى يحضر المرتهن لان البدل قايم مقام المبدل فكان المبدل
قايم ولو كان قايما له ان يمنع ما لم يحضر المرتهن وكذا اذا قام البدل مقامه
ولو كان الرهن على يدي عدل وجعل العدل ان يضعه عند من احب وقد
وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضا الدين ولا يكلف

المرتهن

باحضار الراهن لان قضا الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا
انه رخص له التاخير الى حال احضار الدين عند القدرة على الاحضار
وها هنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو اخذ
منه جبرا كان غاصبا والى هذا المعنى اشار محمد رحمه الله في الكتاب
فقال كيف يومر باحضار شي لو اخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف
بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضا الدين وكذلك اذا وضعا الرهن
في يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لا يكلف المرتهن ويجبر
الراهن على قضا الدين لما ذكرنا وان كان الرهن في يد المرتهن فالتقيا
في بلد اخر وطالب المرتهن الراهن بدينه فان كان الدين مما له حمل ومونة
يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا
ان قضا الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتاخير الى وقت الاحضار
للضرورة التي ذكرنا عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زايد والمرتهن
ها هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن او بنقله من مكان العقد
وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك
الرهن وقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان لاصل نخ
قايما كو الثابت بقاوه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعي زوال
تلك الحال والقول قول من يدعي الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن
بدعوى الهلاك يدعي على المرتهن استيفا الدين وهو ينكر فكان القول
قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض
السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض
السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن
واختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم
لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو القبض العدل فتعذر

التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه اوفى الدين
وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما قلنا كذا هذا وان كان
مما لا حمل له ولا مؤونة فالقياس ان يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان
لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل
مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى
لقيه البائع في غير مصر الذي وقع البيع فيه وطالبه بالثمن وابى المشترى
حتى يحضر المبيع لا يجبر المشترى على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سوا
كان له حمل ومؤونة او لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان
البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة
وشريعة ولا تحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة
مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون
والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم والله اعلم **فصل** واما الذى
يتعلق بهلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه
واما ان يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا
والكلام في هذا الحكم في ثلثة مواضع احدها في بيان اصل الضمان انه ثابت
ام لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته اما
الاول فقد اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله ان المرهون يهلك مضمونا
بالدين وقال الشافعي يهلك امانة واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه
له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم غرم الرهن
على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا كان امانة لان عليه قضاء دين
المرتهن واما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث يسقط حقه
لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين

ولو

ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توفيقا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق
للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له ولنا ما روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن بما فيه وفي رواية ذهب
الرهان بما فيها وهذا نص لا يحتمل التاويل وروي ان رجلا رهن بدين عند
رجل فرسا فحول له عليه فنفق الفرس عنده وطالبه المرتهن بحقه فاختصما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلم ذهب حقك ولان المرتهن
حصل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا
استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف
واما الحديث فيحتمل ان يكون معنى قوله عليه السلم لا يغلق الرهن اي لا يهلك
اذ الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض اهل اللغة وعلى هذا كان الحديث
حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه اي لا يستحقه
المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عند قضاء الدين وهذا كان حكما
جاهليا جاء الاسلام فابطله وقوله عليه غرمه اي نفقته وكفنه ونحن به
نقول وقوله انه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوسل اليه في
اوب الاوقات انه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من
مطلق ماله وبعد الرهن حدث له ولاية المطالبة بالقضاء من مال الغير
وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثيق
فصل واما شرائط كونه عند الهلاك فمنها قيام الدين حتى لو سقط
الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك امانة وعلى هذا تخرج
ما اذا ابرا المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن انه يهلك
بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن
عند طلبه استحسانا والقياس ان يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه رد ما استوفى من فرسوى بين

الابراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما وجه القياس ان قبض الرهن قبض
استيفاء وتقرر ذلك الاستيفا عند الهلاك فيصير كانه استوفى
الدين ثم ابراه عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك لضمن كذا هاهنا
ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام
ما ينقضه ووجه الاستحسان ان كون المرهون مضمونا بالدين يستدعي
قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فاستحال ان
ان يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفا يتقرر عند
الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قايما فاذا سقط بالابراء لا يتصور
الاستيفا وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن
لان قبض الرهن قايم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط
والاستيفا لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن
بخلاف الابراء لانه يسقط لان الابرا اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق
هذا اذا لم يوجد من المرتهن منع الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن
في يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل
القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا اخذت المراة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج
قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها انه لا ضمان عليها في نصف الصداق
الذي سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن
لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو اخذت بالصداق
رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط المهر ثم هلك الرهن في يدها
لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار
كما لو ابراته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى
حتى وجب مهر المثل فاخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها
حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له ان يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها

ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول
ابي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة واذا هلك يهلك بالمتعة ولقب
المسألة ان الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند ابي يوسف لا يكون
وعند محمد يكون ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل وذكر الكرخي قوله مع
قول ابي يوسف وجه قول محمد ان الرهن بالشيء رهن ببدله في الشرع لان
بدل الشيء يقوم مقامه كانه هو ولهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا
بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم رهنا براس المال عند الاقالة
والمتعة بدل عن نصف مهر المثل لانه تجب بالسبب الذي وجب به مهر
المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا احد البدلين في اصول الشرع
ولابي يوسف ان المتعة وجبت اصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب
انعقد لوجوبها ابتداء كما انعقد لوجوب مهر المثل وبالطلاق زال في حق
احد الحكمين وبقي في حق الحكم الاخر الا انه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق
فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في ساير
الاسباب المعلقة بالشرط ولو اسلم في طعام واخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد
كان له ان يحبس الرهن براس المال لان راس المال بدل عن المسلم فيه فان
هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لان القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام
وبالاقالة لم يسقط الضمان اصلا لان بدله قايم في قدر راس المال فبقي القبض
مضمونا بخلاف ما اذا ابراه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن انه يهلك
بغير شيء لان الضمان هناك سقط اصلا وراسا فخرج القبض من ان يكون مضمونا
ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يستوفي
الثمن لان المشتري بعد التفاسخ نزل منزلة البايع وللبايع حق حبس المبيع حتى
يستوفي الثمن فكذا للمشتري وكذلك لو ان البايع سلم المبيع واخذ بالثمن
رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبايع ان يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في

السلم فان هلك الرهن في يده يهلك بالثمن لان القبض حين وجوده وقع
مضمونا بالثمن فلا يتغير عما كان عليه حتى السلم والله اعلم ومنها ان يكون
هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي
عقد الرهن لان المرهون انما صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن
لم يبق مضمونا وعلى هذا التخريج ما اذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده
انه لا يسقط شي من الدين لان قبض الغصب ابطل قبض الدين وان لم يبطل
عقد الرهن حتى كان للمرتهن ان يقبض من الغاصب فيرده الى الرهن وعلى
هذا التخريج ما اذا استعار المرتهن المرهون من الراهن لينتفع به فهلك
انه ان هلك قبل ان ياخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام
ما ينقضه وهو قبض الانتفاع واذا اخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود
قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض امانة وقبض
الرهن قبض ضمان واذا جاء احدهما انتفى الاخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد
انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن في الانتفاع
بالمرهون فهو على هذا التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به وقبضه
خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك امانة والدين على حاله لان قبضه
قبض العارية وانه قبض امانة فينافي قبض الضمان وكذلك اذا اذن المرتهن
للراهن في الانتفاع بالرهن وكذلك لو اعاره الراهن من اجنبي باذن
المرتهن او اعاره المرتهن من اجنبي باذن الراهن وسلمه الى المستعير فالمرهون
في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج
عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون
جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولد رهن لان الاصل
مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل ان يقبض المرتهن الولد
فالدين قايم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قايم

وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقي العقد في الام
صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له ان يحبسه بجميع المال وكذلك لو
ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط شي من
الدين لان الولد ليس بمضمون الا ترى ان الام لو كانت قايمة فهلك الولد
لا يسقط من الدين شي وكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدة
منهما حتى يودي الدين كله لانهما جميعا دخلا في العقد فلا يملك الراهن التفريق
ولو مات الراهن والرهن قايم في يده قبل ان يرده الى المرتهن فالمرتهن احق به
من ساير الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن ان
المرتهن احق به وان لم يكن فيه ضمان ولو اعار الراهن الرهن من المرتهن او
اذن له بالانتفاع فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال
الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس او بعد ما لبسته ورددته الى الرهن
وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حالة اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان
والراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا
اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فاما اذا اختلفا في اصل اللبس فقال الراهن
لم يلبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حالة اللبس فقد اتفقا
على خروجه من الضمان والراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان
القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فاما اذا اختلفا في
اصل اللبس فقال الراهن لم يلبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق
فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه القبض
يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فيكون القول قوله فان اقام الراهن
البينة انه تخرق في ضمان المرتهن واقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان
فالبينة بينة الراهن لان بينته مثبتة فانها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفي
الاستيفاء فالمثبتة اولى والله اعلم ومنها ان يكون المرهون مقصودا فلا يكون

الزيادة المتولدة من الرهن وما هو في حكم المتولد كالولد والثمر واللبن
والصوف والعقر وغيرها مضمونا الا الارش خاصة حتى لو هلك شي من
ذلك لا يسقط شي من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من
الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون مقصودا بل تبعا للاصل
كولد المبيع على اصل اصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا
لا حصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما ان المبيع تبعا لا
حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل
المرهون لان كل جزء من اجزاء المرهون مرهون وبدل الشي قايم مقامه كانه
هو فكان حكمه حكم الاصل والاصل مضمون كذلك بدله بخلاف الولد
ونحوه بخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا لا
تبعا لان الزيادة اذا صحت التحقت باصل العقد كان العقد ورد على الرهن
والمزيد عليه على ما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى ولو هلك وبقيت
الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتها وتعتبر قيمة الاصل
وقت القبض وان شيت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى
واحد لان الايجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة
الزيادة وقت الفكاك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمته يوم
القبض والزيادة انما يصير لها حصة من الضمان بالهلاك فتعتبر قيمتها يومئذ
الا ان هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقة بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير
قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية
وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في
السعر او في البدن لان الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير
الضمان والولد انما ياخذ قسطا من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك
وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا

فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون كل واحد منهما
خمسماية حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف
الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الافتكاك وان هلك قبل ذلك
هلك بغير شي وجعل كان لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين
ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار
يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة اثلاثا ثلثا الدين في
الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهنا
بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلثة الاف بطلت قسمة الاثلاث
وصارت القسمة ارباعا ثلثة ارباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان
الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار
وسوا كان الولد واحدا او اكثر ولدوا معا او متفرقا يقسم الدين على الام
وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم
الفكاك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية
بنتا ثم ولدت بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما
على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصلي ثم يقسم ما فيه عليه
وعلى ولده لان ولده ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكانا في الحكم ولدان
ولو ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام في السعر في البدن فصارت
تساوي خمسماية وازدادت قيمتها فصارت تساوي الفين والولد على
حاله يساوي الفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام
على حالها او انتقصت قيمة الولد لعيب دخله او لسعر فصارت تساوي
خمسماية صار الدين فيهما اثلاثا الثلثان في الام والثلث في الولد ولو
ازدادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام
حتى لو هلكت بقي الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان

بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من
الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة
او كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بقدرها ربعه وذلك مايتان وخمسون
وبقي الولد رهنا بثلثة ارباع الدين وذلك سبعماية وخمسون وهذا الجواب
فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين
في كل واحد منهما خمسماية فاذا اعورت والعين من الادمي نصفه فذهب
قدر ما فيها من الدين وهو نصف النصف وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا
ببقية الدين وهو ثلثة الارباع فاما اذا اعورت ثم ولدت فقيه اشكال
من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار
ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي ان يقسم النصف الباقي
من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها اثلاثا الثلثان في الولد والثلث
في الام والجواب ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على طريق
التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يذهب بالاعورار
الا ربع الدين لان الزيادة تجعل كانها موجودة لدى العقد فصار كانها
ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة
او بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم
وجعل كان لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع
الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الاخر ولو لم يهلك
ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شي من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا
اعور اولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل
التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا
تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على اصل اصحابنا بان رهن جارية ثم
زاد عبدا فكانت مرهونة اصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد

عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلوا
اما ان زاد في الرهن وليس في الرهن نما واما ان كان فيها نما فان لم
يكن فيه نما يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتهما حتى لو كانت
قيمة الجارية الفا وقيمة العبد الف والدين الف فان الدين فيهما نصفين
في كل واحد منهما خمسماية ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسماية كان
الدين فيهما اثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وايهما هلك يهلك
بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا الا انه يعتبر
قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة
يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد
منها انما دخل في الضمان بالقبض فيعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير
القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف نما الرهن وهي نماوه ان القسمة تتغير قيمتها
لانها مرهونة تبعا لا اصلا والمرهون تبعا لا ياخذ حصة من الضمان
الا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك وكانت القسمة قبله محتملة للتغير
ولو نقص الرهن في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاد الراهن بعد ذلك
رهنا اخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين
وبقي الباقي ثم زاد الراهن عبدا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية
عورا وعلى قيمة العبد الزيادة اثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك
ثلثماية وثلثة وثلثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك ماية وستة
وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وبين زيادة الرهن
وهي نماوه بان اعورت الجارية او لو ولدت ولدا قيمته الف ان الدين يقسم على
قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون في
كل واحد منهما خمسماية ثم ما اصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار

نصفه وهو مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل
والزيادة بنصف الدين ووجه الفرق بين الزيادتين ان حكم الرهن في
هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصالة لا بطريق
التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا
فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة
الا النصف فينقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن
لانها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام ورود الرهن فيها مقصودا بل تبعا
للاصل لكونها متولدة منه فثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كانها
متصلة به فتصير كانها كانت موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد
عين ما كان ثابتا في الام معتبرا في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو
قضى الراهن المرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن عبدا قيمته الف فان
هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فتنقسم على نصف قيمة الجارية وهي
خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وهي الف اثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها
في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلثة
وثلثون وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة
وستون وثلث لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين
والمحبوس بالدين نصف الجارية لا كلها اذ لم يبق نصف الدين لصيرورته
مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية
وعلى قيمة الزيادة اثلاثا ولو قضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل ان يزيد
الراهن ثم زاد عبدا قيمته الف قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية
العوراء وعلى الزيادة على خمسة اسهم اربعة من ذلك في الزيادة وسهم
في الجارية العوراء لانه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شايعا
من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شايعا وذلك خمسمائة فاذا اعورت

فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون
من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا
القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة اخماسا اربعة اخماسه
وذلك مائتان في الزيادة وخمسون في الاصل والله اعلم هذا اذا زاد
وليس في الرهن نماء فاما اذا كان فيه نماء بان رهن جارية قيمتها بالف
فولدت ولدا يساوي الفا ثم زاده عبدا قيمته الف فالراهن لا يخلوا
اما ان زاد والام قائمة واما ان زاد بعدما هلكت الام فان كانت قائمة
فزاد لا يخلوا من ان جعله زيادة على الولد او على الام او عليهما جميعا
او اطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام او الولد فان جعله زيادة
على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل
وقوع تصرف العاقل الذي اوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون
زيادة معه فيقسم الدين اولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة
الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما اصاب الولد يقسم عليه
وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتيهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما
بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما
دخلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد
الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كان لم يكن اصلا ورأسا
فلم يتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان
الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا
ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولانه لو اطلق
الزيادة لوقعت على الام فعند التقييد والتنصيص اولى واذا وقعت زيادة
على الام جعلت كانها موجودة وقت العقد فيقسم الدين على قدر قيمتهما
تعتبر قيمة الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما اصاب

الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد
يوم الفكاك ولو مات الولد او ازدادت قيمته او ولدت ولدا فالحكم
في حق العبد الزيادة لا تتغير ويقسم الدين ولا على الجارية والعبد نصفين
ثم ما اصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الام
ولا تعتبر في حق العبد سوا زاد بعد حدوث الولد او قبله لان الولد
في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة
ذهب ما كان فيها من الدين وبقي الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما اذا
هلك الولد انه بطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل
يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد
لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كان لم يكن فتبين ان الزيادة
لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شي لان الولد غير
مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كان لم يكن وجعل كان الزيادة وجدت
ولا ولد للجارية وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على
الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما تعتبر
في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام
كالعدم فلا تصح الزيادة عليه حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل
والعبد الزيادة على اعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة
يوم الزيادة ثم يقسم ما اصاب الام قسمة اخرى بينها وبين ولدها على
اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان اطلق الزيادة ولم
يسم الام ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها
من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدا عليه الا ان
الام في الرهن اصل والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل
اولى واذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين ويمضي على ما علمنا والله اعلم

هذا اذا كانت الام قايمة وقت الزيادة فاما اذا هلكت الام
ثم زاد فالعبد زيادة على الولد فكانا جميعا رهنا بخمسماية يفتك الرهن
كل واحد منهما بثمان وخمسين لان الزيادة تستدعي مزيدا عليه
والهالك خرج عن احتمال ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب
نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسماية فيقسم ذلك على
الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد اخذ الراهن بغير شي العبد
لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته
الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد
سقوط الدين فلم يصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في
يد المرتهن هلك امانة الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين انه لم يكن رهنا
في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على ان لا دين ثم
هلك الرهن انه يهلك امانة لما قلنا كذا هذا الا اذا امنع بعد الطلب
لانه صار غاصبا بالمنع والله اعلم واما بيان قدر الضمان وكيفيته
فالرهن لا يخلو اما ان يكون من جنس حق المرتهن واما ان يكون من خلاف
جنسه فان كان من خلاف جنسه لا يخلو اما ان يكون شيا واحدا واما
ان يكون اشيا فان كان شيا واحدا يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين
وتفسيره اذا رهن عبدا قيمته الف بالف فهلك ذهب الدين كله
وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب الدين كله ايضا وفضل الرهن
الرهن يهلك امانة وان كانت قيمته خمسماية ذهب من الدين خمسماية
ورجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلما وجماعة
من العلما مثل عمر وابن مسعود وهو رواية عن علي رضي الله عنهم ومنهم
من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت اي على المرتهن قيمة الرهن
وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه ومنهم من قال انه مضمون بالدين

بالغا ما بلغ اي يذهب كل الدين قلت قيمة الرهن او كثرت وهو مذهب
شريح رحمه الله من التابعين وعن علي رضي الله عنه رواية اخرى انه
قال يترادان الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن اكثر فللراهن ان يرجع
على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته اقل فللمرتهن ان يرجع على الراهن
بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي في قوله ان المرهون
امانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا
فانكار الضمان اصلا يرجع الى مخالفة الاجماع ثم الرجحان في كيفية الضمان
لقول عمر وابن مسعود لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفا فاذا
كانت قيمة الرهن مثل الدين امكن تحقيق الاستيفا لان استيفا الدين
بمثله صورة ومعنى او معنى لا صورة واذا كانت قيمته اكثر لا يتحقق
الاستيفا الا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفا الاكثر من الاقل
يكون ربا واذا كانت قيمته اقل لا يمكن تحقيق الاستيفا الا بقدر الدين
لان استيفا الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان الرهن شيا واحدا فاما
اذا كان اشيا بان رهن عبدين او ثوبين او دابتين ونحو ذلك فلا يخلوا
اما ان اطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيا من الثمن واما ان قيد
وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان اطلق يقسم الدين عليهما
على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته بعينه ومن
حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا
بد من قسمة الدين على قيمتيهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان
كما يقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتيهما لمعرفة مقدار الثمن لان
المرهون مضمون بالدين كالمبيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد
منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه لما سمى وجب اعتبار التسمية
فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من

قيمته

قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمى لكل واحد من
المبيعين ثمنا انه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا والله اعلم
هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن
فاما اذا كان من جنسه بان رهن موزون بجنسه او مكيل بجنسه
وهلك في يد المرتهن فقد اختلف اصحابنا رحمهم الله فيه يهلك مضمونا
بالدين باعتبار الوزن دون القدر حتى لو كان وزن الرهن مثل وزن
الدين وقيمته اقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند ابي يوسف
ومحمد يضمن القيمة بغير من خلاف الجنس على ما نذكر فمن اصل ابي
حنيفة انه يعتبر الوزن دون القدر في الهلاك ومن اصلهما ايهما يعتبر الوزن
الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن واما فيما يتضرر فيضمنان القدر من خلاف
الجنس واما في الانكسار فابو حنيفة رحمه الله يضمن القيمة وكذلك
ابو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يرى ان الجعل بالدين
اصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بان لا يودي ذلك الى الضرر
بالراهن ولا بالمرتهن ولا يودي الى الربا فان ادى الى شي مما ذكرنا
فانه لا يجعل بالدين ايضا واذا كان قيمة الرهن اكثر فابو يوسف يجعل
النقصان الحاصل بالانكسار شايعا في قدر الامانة والمضمون فما كان
في الامانة يذهب بغير شي وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك
من الرهن بقدره ومحمد يصرف النقصان الى الزيادة واذا كان النقصان
حتى اسقط من الدين خير الراهن بين ان يفتكه وبين ان يجعله بالدين
ومن اصل ابي حنيفة يجوز الزيوف من الجياد حتى لو اخذ صاحب الدين
الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلكت عنده سقط دينه وكذا
عند محمد الا ان محمدا ترك اصله في الرهن وعند ابي يوسف لا يسقط
بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن اصله انه لا يجوز استيفا الدون

عن الجياد فهذه اصول المسايل وما يخرج على هذه الاصول
فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب
فضة فهلك او انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما ان يكون
مثل وزن الدين بان كان عشرة واما ان يكون اقل من وزنه بان كان
ثمانية واما ان يكون اكثر من وزنه بان كان اثني عشر وكل وجه
من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب
مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك
بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وفا بالدين ولا ضرر فيه باحد
ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر
وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما ان
يفتكه بجميع الدين واما ان يسقط شي من الدين بمقابلة النقصان لا
سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصياغة
من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يودي الى الربا الا ان الدين والرهن
مستويان في الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها
فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفا عشرة بثمانية فيكون ربا فيخير
ان شا افتكه بجميع الدين ورضي بالنقصان وان شا ضمن المرتهن قيمته بالغة
ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان شا افتكه بجميع الدين
وان شا جعله بالدين ويصير ملكا للمرتهن بدينه وجه قول محمد رحمه الله
ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي
كقبض الغصب وقبض الرهن مادون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه
الجعل بالدين لانه قبض استيفا وفي الجعل بالدين تقرر الاستيفا وجه
قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من اعمال الجاهلية جا الاسلام

وابطله

وابطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا
وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه
ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة فاما ضمان القيمة فيصلح حكما
له الا ترى في الجملة الا ترى ان محمدا رحمه الله يقول به عند تعذر الجعل
بالدين على ما نذكر والله اعلم وان كانت قيمته اقل من وزن الدين
بان كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند ابي حنيفة لانه يعتبر
الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفا بالدين وعندهما لا يهلك
بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه وجه قولهما انه لو هلك
بالدين اما ان يهلك بوزنه واما ان يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول
لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه للثاني لانه يودي الى الربا فيخير المرتهن بين
ان رضي بسقوط الدين وبين ان يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون
رهنا مكانه ولابي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبض استيفا والجيد
والردي في الاستيفا على السوا الا ان استيفا الزيوف عن الجياد جايز
عنده وان انكسر فالراهن بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين وان شا
ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل
بالدين هاهنا بلا خلاف واما على اصل ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما
لا يريان الجعل بالدين اصلا ومحمد ان كان يرى ذلك لكن عند الانفاق
وهاهنا لا يمكن لانه لو جعل بالدين باعتبار الوزن يودي الى الضرر بالمرتهن
حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يودي
الى الربا فمست الضرورة الى ضمان القيمة والله اعلم وان كانت قيمته
اكثر من وزنه بان كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند ابي حنيفة
رحمه الله اعتبارا للوزن وكذلك عند محمد لان الجودة هاهنا فضل
فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن واما على قول ابي يوسف فقيل

يضمن المرتهن بالدين قيمة خمسة اسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه
لان الجوده عنده مضمونه وقيل يهلك بالدين عنده ايضا لانه يعتبر الوزن
في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن
بالخيار عند ابي حنيفه ان شا افتكه بالدين مع النقصان وان شا ضمنه
قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سوا كان
النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بان عادت قيمته الى احد عشر
او قدر درهمين بان عادت قيمته عشره او اكثر من ذلك بان صارت
ثمانية وعند ابي يوسف ان شا افتكه بالدين وان شا ضمن المرتهن خمسة
اسداس القلب من خلاف جنسه فيصير خمسة اسداس الرهن ملكا للمرتهن
بالضمان وسدس الرهن مع خمسة اسداس القيمة رهنا بالدين لان من اصله
ان يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شايعا في قدر الامانة والمضمون
والقدر الذي في الامانه يذهب بغير شي والقدر الذي في المضمون
يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى
النقصان ان كان قدر درهم او درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن
على الفكاك وان زاد على ذلك تخير بين الافتكاك وبين الجعل بالدين
كما لو كانت قيمته ووزنه سوا لان من اصله انه يصرف النقصان الحاصل
بالانكسار الى الجودة الزايدة الا اذا كثر النقصان حتى عادت قيمته الى
ثمانية وله ان يجعله بالثمن ان شا وان شا افتكه وقيل ان على قوله
له ان يضمنه كما قال ابو حنيفه لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجوده
والله اعلم هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشره فاما اذا كان
اقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه
من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شا افتكه
بالدين وان شا ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهنا والقلب

للمرتهن

للمرتهن بالضمان عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد ان شا
افتكه بالدين وان شا جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت
قيمته اقل من وزنه سبعه فهلك يهلك بثمانيه في قول ابي حنيفه اعتبارا
للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر
ضمن القيمه بالاجماع اما على قول ابي حنيفه وابي يوسف فلانهما لا يجوزان
الجعل بالدين حال قيام الرهن اصلا وراسا وعند محمد ان كان يجيز ولكن
بشريطة انعدام الصحة وبالجعل بالدين هاهنا يتضرر المرتهن وان
كانت قيمته اكثر من وزنه فكانت تسعه او مثل الدين عشره فهلك
يهلك بثمانية عند ابي حنيفه وعند ابي يوسف يضمن خمسه اسداس
قيمته وان انكسر فعند ابي حنيفه ان شا افتكه بالدين وان شا ضمنه
جميع قيمته وكانت القيمة رهنا والقلب للمرتهن ملكا وعند ابي
يوسف يضمن خمسه اسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة
اسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار
بالامانه ان قل النقصان بان كان درهما او درهمين ويجبر الراهن على
الافتكاك وان كان اكثر من ذلك تخير الراهن بين الافتكاك والجعل
بالدين والله اعلم هذا اذا كان وزن القلب اقل من وزن الدين ثمانية
فاما اذا كان اكثر من وزنه اثني عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني
عشر فهلك سقط الدين والزياده على الدين تهلك امانه بلا خلاف
وان انكسر ضمن خمسة اسداسه في قول ابي حنيفه وابي يوسف وعند
محمد له ان يجعل خمسه اسداسه بالدين وان كانت قيمته اقل من وزنه
واكثر من الدين بان كانت احدى عشر فهلك سقط الدين وخمسة اسداسه
والزيادة تهلك امانة عند ابي حنيفه ولا رواية عنهما في هذا الفصل
وان انكسر ضمن خمسة اسداس القلب عند ابي حنيفه لانه لا يعتبر الجوده

ولا يرى الجعل بالدين وعند ابي يوسف يجب ان يكون هكذا وكذلك عند محمد
لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل وزن الدين عشرة
فهلك يهلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما
يضمن خمسة اسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند
ابي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يجوز الجعل بالدين عند محمد لانه يؤدي
الى الربا وان كانت قيمته اقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة اسداسه
بالدين في قول ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه وعندهما يغرم القيمة
في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة اسداسه
بالدين في قول ابي حنيفة وان انكسر يضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة
والله اعلم ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وملك ذلك القدر
بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طارئ فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع
القلب ويكون الباقي مع القيمة التي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة
الرهن مقارنا كان او طاريا وعلى رواية ابي يوسف لا حاجة الى القطع
لان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة والله اعلم واما الرهن
الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن
ان يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان
لم يكن له مثل لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل
او بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك في يده ذكر الكرخي انه
يهلك امانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض امانة لانه قبض باذن
المالك فاشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر
في الجامع الكبير ان كان الرهن محل الرهن الصحيح فاذا رهنه رهنا فاسدا
فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل
الرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدبر وام الولد وهذا

يدل

يدل على ان الفساد ان كان لمعنى في المرهون لا يكون مضمونا بل يكون امانة وان
كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا ووجهه ان المرهون مضمون
بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون القبض مضمونا ان يكون مالا
متقوما مطلقا متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون
مضمونا والا فلا والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون واما
حكم استهلاكه فالمرهون لا يخلو اما ان يكون من بني ادم من العبد والامة
واما ان كان من غير بني ادم من ساير الاموال فان كان من غير بني ادم فاستهلكه
اجنبي ضمن قيمته وان كان مما لا مثل له كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو
الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان
من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا
مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه اتلف مالا مملوكا متقوما
بغير اذن مالكه فيضمن مثله او قيمته كما لو اتلفه اجنبي وكان رهنا مكانه
كما لو اتلفه اجنبي وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين
لانه لا فايدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل اخذ
المرتهن منه الضمان وامسكه الى ان يحل الدين والله اعلم واذا كان في
الرهن وفا كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن او الراهن او اجنبي بان
كان الرهن شاة قيمتها بعشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه اما وجوب
الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف
مال الغير بغير اذنه موجب للضمان واما وجوب الضمان على الراهن فلان
المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي ملحق بالملك في حق
وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا
عند المرتهن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه وان هلك الضمان لا يسقط شي
من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل

لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها
من الدين لانها مرهونة مضمونة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن
ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكاك
فيصير لها حصة من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان
باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو حلال لك وقال
له كل هذا الحمل واشرب وكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة
ملك الراهن فصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتهن
حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتهن باذن الراهن
مضاف الى الراهن كانه اتلف بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء
من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلكت تهلك
بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى ولدها ولبنها على قدر قيمتها فما كان
حصة الشاة تسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه
لان فعل المرتهن لما كان مضافا الى الراهن كان مضمونا عليه كانه فعل
بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى حصة الزيادة فان كان فيها
خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثاه فاذا هلكت الشاة ذهب
ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك لو استهلكه اجنبي
باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلك باذن
الراهن سواء وقد ذكرناه والله اعلم ولو استهلكه الراهن باذن المرتهن
لا شيء عليه لان الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لانه ملكه
وقد ابطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كان الزيادة
هلكت بآفة سماوية وبقيت الشاة رهنا بجميع الدين والله اعلم
وان كان المرهون من بني ادم فجني عليه فجملة الكلام في جنايات الرهن
انها اقسام ثلثة جناية غير الراهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن

وجناية الرهن على الرهن اما جناية غير الراهن على الرهن فلا يخلو اما
ان كانت الجناية في النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك
لا يخلو من ان يكون عمدا او خطأ او في معنى الخطأ والجاني لا يخلو
اما ان يكون عبدا واما ان يكون حرا وان كانت في النفس عمدا والجاني حر
فللراهن ان يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن ابي يوسف روايتان
كذا ذكر الكرخي الاختلاف وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي
انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن ولم يذكر الخلاف
وجه قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولي هاهنا غير معلوم
لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان
العبد مضافا الى الراهن من وجه والى المرتهن من وجه فصار الولي مشتبها
مجهولا وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمدا
انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المكاتب والمكاتب لما قلنا كذا
هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمدا ان لهما الاقتصاص
اذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية ثابتة لهما على الشركة لثبوت الملك
لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوما فامكن
القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس
فقط والملك سبب ثبوت الولاية فكان الولي معلوما وكان ينبغي ان لا
تتوقف ولاية الاستيفاء على رضى المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا
فاذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى من وجه
وللمكاتب من وجه فلم يكن المولى فيه ثابتا للمولى مطلقا ولا للمكاتب مطلقا
فاشتبه الولي فامتنع الاستيفاء والله اعلم واذا اقتص العاقل سقط الدين

لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا
الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط الدين كما لو هلك بنفسه
هذا اذا اجتمعا على القصاص فاما اذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل
الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفائه
ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة
المقتول في ماله في ثلث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا وابطل
القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل
بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود
وان كانت الجناية خطا او شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين
يقبضها المرتهن فيكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه
ادمي لا من حيث انه مال على اصل اصحابنا حتى لا يزاد ديته على دية الحر
ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث هو ادمي فجاز ان يقوم قيمته مقامه
ويكون رهنا عند المرتهن ثم ان كان الدين موجلا كانت في يده الى حل الاجل
واذا حل فان كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان كان فيها فضل
رده على الراهن وان كانت اقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها
ورجع بالفضل اي بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين
حبسها في يده الى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا
كان موجلا فحل سوا وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك
يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب
بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فتعتبر حال وجود السبب حتى
لو كان الدين الف درهم وقيمة العبد يوم الرهن الفا فانتقصت قيمته
وتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل قيمته خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها

من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا
يجوز استيفاء اكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما
اذا قتله عبد اقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يودي الى الربا لانه
يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد الا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا
يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه
وفي الاجنبي سوا وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فكذا واما اذا كان
الرهن من غير بني ادم سوا وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم هذا اذا كان
الجاني حرا فاما اذا كان عبدا او امة يخاطب مولى القاتل بالدفع او
بالفدا او بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المدفوع مثل
قيمة المقتول او اكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن على الافتكاك
بلا خلاف وان كانت قيمته اقل من قيمة المقتول بان كانت الفا والدين
الف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين ايضا ويجبر الراهن على الافتكاك
بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين في
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفا بقيمة المقتول
فالراهن بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين وان شا تركه بدينه لمحمد رحمه الله
مر على اصله في الحمل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهاهنا تعذر
لما فيه من الضرر بالراهن ولابي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام مقام
الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك
بجميع الدين فكذا الثاني وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر
حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبد يساوي مائة درهم فدفع به فهو
على هذا الاختلاف هذا اذا اختار المولى للقاتل الدفع فاما اذا اختار
الفدا فانه يفدي بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ننظر
ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كان من خلاف الجنس

حبسها رهنا حتى يستوفي جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع
الدين وبين الترك للمرتهن بالدين وقد مرت المسئلة هذا اذا كانت الجناية
في النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجاني حرا يجب
ارشه في ماله لا على عاقلته سوا كانت الجناية خطاء او عمدا اما الوجوب
في ماله فلان العاقلة لا تعقل ما دون النفس فان كان الجاني حرا يجب
ارشه في ماله لا عاقلته واما التسوية بين العمد والخطاء فلان القصاص
لا يجري بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطاء
في وجوب الارش وكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون
وان كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع او الفدا بارش الجناية فان
اختار الفدا بالارش كان الارش مع المجني عليه رهنا وان اختار
الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتهن
لان حق الحبس له والجاني فوت الحبس عن بعض اجزاء الرهن فله ان
ان يقيم بدل الفايت فيقيمه مقامه رهنا والله اعلم هذا الذي ذكرنا
حكم جناية غير الرهن على الرهن واما حكم جناية غير الرهن على الرهن
فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غيره من
ساير الاموال فان كانت على بني آدم لا تخلو من ان تكون عمدا او خطاء
او في معنى الخطاء فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم يكن رهنا لان ملك
الراهن لا يمنع القصاص الا ترى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن
الملك مانعا فحق المرتهن اولى لانه دون الملك سوا قتل اجنبيا او الراهن
او المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى في دمه بل هو اجنبي عنه وكذا
للمرتهن من طريق الاولى اذ الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت
جنايته على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنايته على الاجنبي سوا

واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل في ضمان المرتهن فيسقط
دينه كما اذا هلك بنفسه والله اعلم هذا اذا كانت جنايته عمدا
فاما اذا كانت خطاء او ملحقة بالخطاء بان كانت شبه عمد او كانت
عمدا لكن القاتل ليس من اهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا
او مجنونا او كانت جنايته فيما دون النفس فانه يدفع او يفدى لان هذه
الجنايات من العبيد والاماء توجب الدفع او الفداء نظرا ان كان العبد
كله مضمونا بان كان قيمته مثل الدين او دونه نحو ان يكون قيمة العبد
الفا والدين الفا او كان الفا وقيمة العبد خمسماية يخاطب المرتهن اولا
بالفداء لانه بالفداء يستبقي حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجناية
من غير ان يسقط حق الراهن ولو بدى بالراهن وخوطب بالدفع او الفداء
على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن ويسقط
دينه فكانت البداية بخطاب المرتهن بالفدا اولى واذا فداه بالارش
فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كانه لم يجن اصلا فبقي
رهنا كما كان ولا يرجع بشي مما فدا على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير
اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه اجنبي ولانه بالفدا
اصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفدا فلا
يرجع على غيره وليس له ان يدفع لانه دفع الرقبة وهو لا يملك رقبته وان
ابى المرتهن ان يفدي يخاطب الراهن بالدفع او الفدا لان الاصل في الخطاب
هو الراهن لان الملك له وانما يبدى المرتهن بخطاب الفدا صيانة لحقه
فاذا ابى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط
الدين اما بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع لا الى خلف فخرج
عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل
بمعنى في ضمان المرتهن فصار كانه هلك فيه وكذلك ان اختار الفدا

لانه صار قاضيا بما فدى دين المرتهن لان الفدا على المرتهن لحصول الجناية
في ضمانه الا انه لما ابى الفدا والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا
يمكنه ذلك الا بالفداء فكان مضطرا الى الفداء فلم يكن متبرعا
فكان له ان يرجع على المرتهن بما فدا وله على الراهن مثله فيصير قصاصا
به واذا صار قاضيا دين المرتهن ينظر الى ما فدا والى قيمة العبد فان
كان الفدا مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين او اكثر سقط من الدين
بقدر الفدا وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان الفدا اقل او اكثر
وقيمة العبد اقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط
اكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين اكثر من قيمة العبد
فكذا عند الفدا وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض امانة بان كانت
قيمة العبد الفين والدين الفا فالفدا عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه
امانة فكان فدا نصف المضمون على المرتهن وفدا نصف الامانة على الراهن
فيخاطبان جميعا بالدفع او الفدا والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن
الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطبنا بذلك
لا يخلو اما ان اجتمعا على الدفع واما ان اجتمعا على الفدا واما ان اختلفا
فاختار احدهما الدفع والاخر الفدا والحال لا يخلو اما ان كانا حاضرين
واما ان كان احدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا
سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفدا فدا كل
واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية وبقي
رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما
فدا لان كل واحد منهما ادى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان
اختلفا فاراد احدهما الفدا والاخر الدفع فايهما اختار الفدا فاختياره
اولى اما المرتهن فلانه بالفدا يستبقي حق نفسه ولا يسقط حق الراهن

ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن
اولى واما الراهن فلانه يستبقي ملك الرقبة بالفداء والمرتهن
باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له في
اختيار الدفع نفعا بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه
فكان للراهن ان يفدي ثم ايهما اختار الفدا فدا العبد بجميع الارش ولا
يملك الاخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن يفدي
بجميع الارش ولا يملك الاخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو
المرتهن ففدى بجميع الارش بقي العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته
عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن ورجع المرتهن على الراهن بدينه
وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع
بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر الاختلاف الرواية وجه الرواية
الاولى انه التزم الفدا باختياره مع قدرته انه لا يلتزم لانه لو لم يلتزم
لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع وجه الرواية الاخرى
ان المرتهن يحتاج الى اصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح
قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار الفدا
هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا نصف الفدا
دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفدا مثل كل الدين سقط الدين كله وان
كان اقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن وحبسه
رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان الحاضر احدهما فليس له
ولاية الدفع ايهما كان سواء كان هو المرتهن او الراهن اما المرتهن فلا شك
لانه لا ملك له في العبد اصلا والدفع تمليك فلا يتصور من دون الملك واما
الراهن فلان الدفع اسقاط حق المرتهن وله ولاية الفدا بجميع الارش

وان كان الجاني هو المرتهن ففداه لجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف
الفداء عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان يرجع على الراهن بدينه وبنصف
الفداء لكنه يحبس رهنا بالدين وله ان يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد
قضاء الدين وعند ابي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا ونصف الفداء
فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا
بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وابو حنيفة رحمه الله
فرق بين حالة الحضرة والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان
كان الجاني هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفداء
بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة
المرتهن وجه قولهما ان المرتهن فدا ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا كما لو
فداه اجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولابي حنيفة رحمه
الله انه في حالة الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن
فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو يحتاج الى اصلاح قدر
المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم
يكن متبرعا هذا اذا جنى الرهن على اجنبي فاما اذا جنى على المرتهن او
على الراهن اما جنايته على نفس الراهن جناية موجبة للمال او على ماله
فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية
العبد المغصوب على المغصوب منه او على ماله على اصل ابي حنيفة رحمه
الله انها معتبرة لان المضمونات تملك عند اداء الضمان من وقت الغصب
فتبين ان تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه اما جنايته على نفس المرتهن
فهدر عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد معتبرة يدفع او
يفدى ان رضي المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا اطلب الجناية لما
في الدفع او الفداء من سقوط حقي فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن

على حاله هكذا اطلق الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان
كان بعضه مضمونا وبعضه امانة فجنايته معتبرة بالاتفاق فيقال
للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافد فان دفعه وقبل المرتهن بطل
الدين كله وصار العبد كله للمرتهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على
الراهن ونصفه على المرتهن فما كان حصة المرتهن بطل وما كان
حصة الراهن يفدي والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الراهن
على المرتهن نظير اختلافهم في جناية عبد الغصب على الغاصب انها
هدر عند ابي حنيفة وعندهما معتبرة وجه قولهما ان هذه جناية
وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما اذا وردت على اجنبي وهذا
لان الاصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة
وها هنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة
وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولابي حنيفة
رحمه الله ان هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان
المرتهن فورودها على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن وورودها
على غير المالك ان كان يقتضي ان يكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن
يقتضي ان لا يعتبر لانها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب
الضمان عليه له وانه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا
يعتبر هذا اذا جنى على نفس المرتهن واما اذا جنى على ماله فان كانت
قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل فجنايته هدر بالاجماع لانه لا فائدة
في اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل
تعلق الدين برقبته فلو شاع واخذ بقيمته لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية
فائدة فلا يعتبر وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابي حنيفة روايتان

في رواية تعتبر الجناية بقدر الامانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية
اصلاً وجه الرواية الاولى ان المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن
وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فاعتبر اعتبار الجناية
في ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى ان ذلك القدر
وان لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس
فيمتنع الاعتبار واما جناية الرهن على ابن الراهن وعلى ابن المرتهن فلا
شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد
مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شي من ذلك هاهنا
فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم
جناية الرهن فاما حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه
انه لا يجب شي على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع او الفدا اما عدم وجوب
الفدا على المرتهن فلان خطابه بالفدا مع انه ليس ملكه لحصول الجناية
من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون الا ترى لو هلك
يهلك بغير شي واما خطاب المولى بالدفع او الفدا فلان الملك له فان
دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شي من الدين اما خروجه عن
الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك واما
عدم سقوط شي من الدين فمضمونا بالهلاك بخلاف الام ولو فدى فهو
رهن مع الام على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال المرتهن انا
افدي فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى ان الحكم
الاصلي للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفدا منه اصلاحا للرهن
فكان له ذلك والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني ادم
واما جنايته على ساير الاموال بان استهلك مالا يستغرق رقبته فحكمها
وحكم جناية غير الرهن سوا وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى

الراهن

الراهن او المرتهن دينه فاذا قضاه احدهما فالحكم والحكم فيما ذكر
من الفداء من جنايته على بني ادم سوا وهو انه ان قضى المرتهن الدين
بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لانه بالفدا استغرق رقبة العبد
عن الدين واستصفاها عنه فبقي رهنا بدينه كما كان كما لو فداه عن
الجناية وان ابى المرتهن ان يقضي وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا
في الفدا من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه بيع العبد بالدين ويقضى
دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن الا ترى انه مقدم
على حق المولى فعلى حق المرتهن اولى لانه دونه ثم اذا بيع العبد وقضى دين الغريم
من قيمته لا يخلو اما ان كان فيه وفا بدين الغريم واما ان لم يكن فيه
وفا به فان كان فيه وفا بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن
واما ان يكون اكثر منه واما ان يكون اقل منه فان كان مثله او
او اكثر منه يسقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب
وجد في ضمان المرتهن فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن
لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان اقل منه
يسقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن
بما بقي لانه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل اخذه بدينه ان كان من
جنس حقه وان كان من خلاف جنسه امسكه الى ان يستوفي حقه وان كان
الدين لم يحل امسكه بما بقي من دينه الى ان يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا
بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه امانة لا يصرف الفاضل كله
الى المرتهن بل يصرف نصفه الى المرتهن ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة
لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك ان كان قدر الامانة والمضمون
فيه على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والامانة
لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفا بدين الغريم اخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه

يتاخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على احد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان
من احد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفا الدين فاذا لم يف رقبته
بالدين تاخر ما بقي الى ما بعد العتق واذا اعتق وادى الباقي لا يرجع بما ادى على احد
لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من احد وانما وجد منه وحكمه تعلق الدين
برقبته واستيفا الدين منها فاذا لم يف رقبته بالدين تاخر ما بقي الى ما بعد العتق
واذا اعتق وادى الباقي لا يرجع بما ادى على احد لانه وجب عليه بفعله
فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على ساير الاموال وحكم
جناية الام سوا في انه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا ان هاهنا لا يخاطب
المرتهن بقضا دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن
ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد
بالدين وبين ان يستخلصه بقضا الدين فان قضى الدين بقي الولد رهنا وان بيع
بالدين لا يسقط شي من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام والله اعلم
هذا الذي ذكرنا حكم جناية [illegible] على الرهن فنقول وبالله التوفيق
جناية الرهن على الرهن نوعان [illegible] على الرهن نفسه وجنايته على جنسه
اما جنايته على نفسه فهي بالهلاك بافة سماوية وتبه سوا [illegible] ان كان العبد
كله مضمونا يسقط بقدر النقصان من الدين وان كان بعضه مضمونا
وبعضه امانة يسقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة والله اعلم
واما جنايته على نفسه فعلى ضربين ايضا جناية بني ادم على جنسه وجناية البهيمة
على جنسها وعلى غير جنسها اما جناية بني ادم على جنسه بان كان
الرهن عبدين فجنى احدهما على الاخر فلا يعدو ان لا يخلو اما ان كانا رهنا
في صفقة واحدة واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة
واحدة فجنى احدهما على صاحبه فجنايته لا يخلو من اربعة اقسام جناية المشغول على

المشغول

المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية
الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدا وهي جناية الفارغ على المشغول
فانها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ ويكون رهنا مكانه
اما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى
اعني الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الراهن لا سبيل اليه
في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقط
الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه او الفدا له
وايجاب الشي على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا
سبيل الى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه
بتحول ما في المجني عليه من الدين الى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول
بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك الجناية المشغول على الفارغ لما قلنا واما
جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين في الفارغ ليتحول الى الجاني
فلا يفيد اعتبارها في حقه واما جناية الفارغ على المشغول فيمكن الاعتبار
لحقه بتحول ما فيه من الدين الى الفارغ وبيان هذه الجملة في مسايل اذا كان
الدين الفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما الفا فقتل احدهما
صاحبه او جنى عليه فيما دون النفس مما قل ارشها او كثر فجنايته هدر
ويسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط
الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على
المشغول هدر فجعل كان المجني عليه هلك بافة سماوية ولو كان الدين
الفا فقتل احدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف
المشغول والنصف الفارغ من المجني عليه وجناية قدر المشغول على
المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر
لما بينا فيسقط ما كان فيه شي من الدين ولا يتحول الى الجاني وجناية قدر

المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على
الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني
وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى
الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فبقي رهنا
بسبعمائة وخمسين ولو فقأ احدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين
في العين الى الفاقئ فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين وبقي المفقوء
عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر
لان العين من الآدمي نصفه الا ان ذلك النصف نصفه مشغول بالدين
ونصفه فارغ الا ان جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية
الفارغ على قدر الفارغ والمشغول على قدر الفارغ هدر وجناية الفارغ
على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى الفاقئ
وذلك مائة وخمسة وعش[illegible]كان في الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ
رهنا بستمائة وخمسة وعشرين و[illegible]لمفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين
لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله اعلم وان كان
العبدان رهنا في صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين
الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل احدهما الآخر تعتبر الجناية هاهنا
بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صار بمنزلة ما لو رهن
كل واحد منهما رجل على حدة فجنى احدهما على الآخر وهناك يثبت حكم
الجناية كذا هاهنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت
الجناية هاهنا يخير الراهن والمرتهن فان شاء جعلا القاتل مكان المقتول
فيبطل ما كان في المقتول من الدين وان شاء فديا القاتل بقيمة المقتول فيكون
رهنا مكان المقتول والقاتل على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان
كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما الفا فقتل احدهما الآخر فان دفعا

الجناية

بالجناية قام المدفوع مقام المقتول وبطل الذي كان في القاتل وان
قالا لا نفدي فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل
واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهاهنا كل واحد منهما مضمون
كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا واخذ عبده وكانت الالف الاخرى
قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله والله اعلم ولو فقأ احدهما عين
الآخر قيل لهما ادفعاه او افدياه فان دفعا بطل ما كان فيه من الدين
وان فديا كان الفداء عليهما نصفين فكان الفداء رهنا مع المفقوء عينه لان
الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد اجنبي فان
قال الراهن انا لا افدي ولكني ادع الرهن على حاله فله ذلك وكان
الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المفقوء من
الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضي
المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن انا افدي وقال المرتهن
لا افدي كان للراهن ان يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية فحكمها
التخيير وان ابى الراهن الفداء وقال المرتهن انا افدي والراهن حاضر او
غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد والله اعلم واما جناية البهيمة
على جنسها فهي هدر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جرح
العجماء جبار والعجماء البهيمة والجناية اذا اهدرت سقط اعتبارها وصار
الهلاك بها والهلاك بافة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها
هدر لعموم الحديث واما جناية بني آدم عليها فحكمها وحكم جنايته
على سائر بني آدم على سائر الاموال سواء وقد بينا والله اعلم

فصل

واما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن فالاقالة لانها
فسخ العقد ونقضه والشيء لا يبقى مع ما ينقضه الا انه لا يبطل بنفس الاقالة
من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان

للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد في حق الحكم بدون القبض فلا يتم
فسخه بدون فسخه ايضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا
يساوي الفا بالف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها
مكان الاول ورد العبد الي لا شك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في
الاول وانشاء العقد في الثاني وهما يملكان ذلك الا انه لا يخرج الاول عن
ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده يهلك بالدين لما ذكرنا
ان القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حيث لا يثبت الضمان بدونه
فلم يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برد الاول
حتى لو هلك في يده قبل رد الاول يهلك امانة لان الراهن لم يرض برهنه
بما على الجميع وانما رضي برهن احدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاول
كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا بنقض القبض فيه لا يدخل
الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتهن سقط الدين بهلاك العبد
وهلكت الجارية بغير شيء [illegible] هلكت في يده فتهلك هلاك الامانات
ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج العبد عن الضمان لانه خرج عن كونه
مرهونا وصارت الجارية مرهونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنها
بالدين الذي كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا
الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بالف وقيمة الجارية الف
فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتدا
الا ان شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا ان
يكون الثاني بدل الاول بل هو مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان
المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كانت قيمة العبد الفا وقيمة
الجارية خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهي رهن بالف ولكنها
ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثاني اصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد

على

على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته والله اعلم ولا يخرج باستيفاء الدين
حتى لو هلك في يد المرتهن بعدما استوفى هلك بما استوفى ويخرج بالابراء
عن الدين عند اصحابنا الثلثة ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة قد مرت
في موضع اخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان
اجر الراهن من اجنبي باذن المرتهن او المرتهن باذن الراهن او استاجر
المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة
والصدقة اذا فعل احدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن
او المرتهن باذن الراهن او باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع
ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن فبقي العقد عليه
وكذا في كل موضع خرج واخلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق
موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يخرج
بناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ وجه قوله ان هذا اعتاق
تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه يتضمن ابطال حقه لان حقه متعلق
بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لم ينفذ البيع
كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد
الابطال لانه يمكنه الوصول الى حقه للحال من جهة الراهن ولنا ان اعتاقه
صادف موقوفا هو مملوكه رقبة فينفذ كاعتاق الابق والمستاجر
ودلالة الوصف ظاهرة لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن
مملوكه يدا وحبسا وملك الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق
العبد المستاجر والابق قوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان
ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الاجماع مع ان الثابت للراهن
حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة اقوى
لانها اولى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا

لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاده ولم يوجد في المرهون لانه في يد
المرتهن واذا انفذ اعتاقه خرج العبد عن كونه رهنا لانه صار حرا
من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه
اولى ولهذا لم يصلح رهنا في الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن
موسرا والدين حال تجبر الراهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان
وكذلك اذا كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل
غرم الراهن قيمة العبد فاخذ المرتهن رهنا مكانه ولا سعاية على العبد
اما وجوب الضمان على الراهن فلانه ابطل على الراهن حقه حقا قويا
هو في معنى الملك او هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من
ماليته من وجه فجاز ان يكون مضمونا بالاتلاف واما كونه رهنا فلانه
بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه واذا حل الاجل
ينظر ان كانت القيمة [illegible] اسنوفي منها دينه فان كانت قيمته
اكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته اقل من الدين رجع
بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين
بالدين حتى يستوفي دينه واما عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد
منه سبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن
لا من العبد وهو اخذ الانسان بالضمان من غير مباشرة سبب منا حلاف الاصل
وكذا لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم اعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت
الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا
فللمرتهن ان يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد في الاقل
من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد ايضا اقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق
فيسعى في الاقل منها ومن الدين حتى لو كان الدين الفين وقيمة العبد وقت
الرهن الفا فان زادت قيمته في يد المرتهن حتى صار يساوي الفين ثم اعتقه

الراهن وهو معسر ثم سعى العبد في الف قدر قيمته وقت الرهن ولو انتقصت
قيمته حتى صار يساوي خمسماية سعى في خمسماية قدر قيمته وقت الاعتاق
اما اختيار الرجوع على الراهن فلانه ابطل حقه بالاعتاق واما ولاية
استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن
من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا اعتقه الراهن فقد
صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالاتلاف ومالية
مشغوله بحق المرتهن فكان للمرتهن ان يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا
باستسعاء العبد فله ان يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في
الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذر
الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر
بقضاء الدين وعند التعذر يستوفي من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر
عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حالة الاعسار لا في حالة الايسار
وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري وهو مفلس انه لا
يكون للبايع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل
التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك
البايع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبايع عند العبد
وانما للبايع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محلية الحبس بالاعتاق بطل حق
الحبس اصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب اما ههنا فبخلافه
واما السعاية في الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء
لمكان صيرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فيتقدر
السعاية بقدر الاحتباس والله اعلم ثم اذا سعى العبد رجع بما سعى على
الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع
اوجب عليه السعاية والقاضي الزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال

نفسه عن مضطرا

نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال
نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي بعد السعاية شي من الدين رجع
المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق ثم اعتقه
بان كان الدين الفا وقيمة العبد يوم الرهن الفا فنقص في السعر حتى
عادت قيمته الى خمسماية ثم اعتقه الراهن وهو معسر وسعى في قدر قيمته
وقت الاعتاق وهو خمسماية فللمرتهن ان يرجع على الراهن بخمسماية اخرى
لانه لم يصل اليه من جهته الا قدر خمسماية فله ان يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص
العبد في السعر ولكن قتله عبد يساوي ماية درهم فدفع مكانه فاعتقه
الراهن وهو معسر سعى في قيمته ماية درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع
المرتهن على الراهن بتسعماية درهم لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول
لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قايم وتراجع سعره الى ماية
فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق
ماية درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن ان يرجع ببقية دينه
على الراهن كذا هذا والله اعلم ولو كان الرهن جارية تساوي الفا بالف
فولدت ولدا يساوي الفا فاعتقها المولى وهو معسر سعيا في الف لان
الضمان فيهما الف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته الفان فدفع بها ثم اعتقه
المولى سعى في الف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتول
لحما ودما وهي ما كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا والله اعلم ولو
قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه المولى وهو
معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند اصحابنا الثلثة وقال زفر
القول للعبد ولا سعاية ها وجه قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام
السعاية على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو اقر بذلك
عليه بعد الاعتاق ولنا انه اقر بما يملك انشاه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه

للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد
بخلاف ما بعد الاعتاق لان هناك اقر بما لا يملك انشاه لزوال الولاية
بالاعتاق هذا اذا اعتقه فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه
رهنا اما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة كجواز الاعتاق
وملك الرقبة قايم بعد الرهن واما خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح
رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم
وبالتدبير خرج من ان يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا
لم يصلح رهنا ابتدا فكذا في حالة البقا وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في ان
الراهن اذا كان معسرا يسعى واما اذا كان موسرا ذكر الكرخي انه
يسعى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يسعى وسوى بين الرهن
وبين الاعتاق وهو ان الدين اذا كان حالا اخذ المرتهن جميع دينه من
الراهن وان كان موجلا اخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا مكانه
كما في الاعتاق ووجه ما ذكره الكرخي ان الدين على المولى وكسب المدبر
ملك المولى لان المدبر بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعايته
مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضا دين المولى من مال المولى
فيستوي فيه حالة الاعسار والايسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب
الحر من كل وجه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه
والاصل ان لا يومر الانسان بقضا دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن
القضا بنفسه فيتقيد بحالة العجز وهي حالة الاعسار ووجه ما ذكره القاضي
ان السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد في اكتساب سبب
وجوبها اذ لا صنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما امكن ايجاب
ايجاب الضمان على من وجد منه مباشرة سبب وجوبه كان اولى من ايجابه
على من لا صنع له فيه كان اولى من ايجابه على من لا صنع له فيه اصلا وراسا فاذا

كان المولى موسرا كان الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد
والله اعلم ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ
لان السعاية مال المولى فكان الاستسعا من المرتهن استيفا الدين من مال
المولى فكان له ان يستوفيه بتمامه سوا كان الدين حالا او موجلا لما قلنا
وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان موجلا فلا يسعى الا في
قدر قيمته ويكون رهنا مكانه وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي ووجه الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان موجلا كان واجب
القضا للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضي منه دينه على
الكمال واذا كان موجلا يجب قضاوه للحال اصلا او لا يجب على سبيل التضييق
الا ان الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فيجب اعادة حقه اليه بعوض يقوم
مقامه جبرا للفايت فيتقدر الحال بقدر الفايت فيستسعيه في قدر
قيمته ويكون رهنا مكانه والله اعلم ولا يرجع المدبر بما سعى على الراهن
بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين احدهما ان
المدبر يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل
من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما سعى على المولى والمعتق
يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية العبد ملك مولاه لكون
المدبر ملكه اذ الثابت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعا
استيفا الدين من مال المولى فله ان يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما
سعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف
المعتق لان سعايته ملكه على الخلوص لانه حر خالص الا انه لزمه السعاية
لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مالية فتتقدر السعاية
بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسرا لانه قضى دينا
واجبا عليه من مال نفسه على سبيل الاضطرار وهذا يطلق الرجوع في

الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله اعلم وعلى ما ذكره الكرخي يقع
الفرق بينهما في موضع ثالث ايضا وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق
لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم والله اعلم هذا اذا
اعتق او دبر فاما اذا استولد بان كان الرهن جارية فحبلت عند
المرتهن فادعاه الراهن فدعوته لا تخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل
واما ان كانت بعد وضعه فان كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته
وثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن
اما صحة الدعوة فلان الجارية مملوكة من كل وجه اولى وثبوت النسب
حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية ام ولد له حكم ثبوت النسب وخروج
الجارية حكم الاستيلاد وهو صيرورتها ام ولد له لان ام الولد لا تصلح
للرهن الا ترى انها لا تصلح رهنا ابتدا وكذا حالة البقا ولا سعاية
على الولد لانه صار حرا قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن
فيه واما الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد
بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد
صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية ام ولد له وخرج
من الرهن بما ذكرنا في الفصل الاول الا ان هاهنا صار الولد حرا بعد
ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر
قيمتهما الا ان قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة
فيكون حكم الجارية في حصته من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد بينا
ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما بينا ذكرنا
وقد بينا ذلك الا ان هناك ينظر الى ثلثة اشيا الى قيمة العبد وقت الرهن
والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيستسعى في الاقل من الاشيا الثلثة
وهاهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى

في اقلهما اذا كان الراهن معسرًا ويرجع بما سعى عليه والله اعلم

فصل واما حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله
التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون
به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بالف فالقول قول الراهن
مع يمينه لان المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول
قوله ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو
قال الراهن رهنتك بجميع الذي لك علي وهو الف والرهن يساوي الفا
وقال المرتهن ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم فعند زفر روى عن ابي حنيفة ان القول
قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد
وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك
يتحالفان ويترادان فكذا ههنا فان هلك الرهن قبل ان يتحالفا كان
ﻫ قال المرتهن لان الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على
ان الرهن كان بالف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان
الراهن يدعي عليه ضمانا وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار
الضمان كذا هذا ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة
ضمان وكذلك لو كان رهنه ثوبين هلك احدهما فاختلفا في قيمة الهالك ان
القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما
قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين
بالف درهم وقال الراهن رهنت احدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على
دعوى صاحبه لانهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف
كما في باب البيع ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل
لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال
المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا

على دخوله في الضمان والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكرها فكان القول
قوله ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن ايضا لانها تثبت استيفاء الدين
وبينة المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة اولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل
ان اقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعي دخوله في الضمان وهو ينكر
ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن
عبدًا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن الفا فذهب
بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن
خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون
فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدًا
له وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت
اولى بالقبول والله اعلم وان كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه
فاختلفوا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الي وصدق
العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه
مضمونًا بنفسه لخروجه عن كونه رهنًا بالبيع وتحول الضمان الى الثمن
فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا
اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو اقاما البينة فالبينة بينة
الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة
اولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن
بدعوى البيع يدعي خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن
ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى
انه باعه بمثل الثمن وهو الف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم
يقبل قوله فصار كانه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان يجي ببينة او

او يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونًا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان
وكذلك العدل اذا قال بعته بتسعماية ولا نعلم الا بقوله لم يكن على
العدل الا تسعماية ويصير الرهن ذاهبًا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن
بالماية الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في
اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر
في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فاقام بينة انه باع بتسعه
واقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن اخذ ببينة المرتهن وقال ابو
يوسف تؤخذ بينة الراهن وجه قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان
بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة اولى وجه رواية الاصل ان بينة المرتهن
تثبت امرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن وبينة الراهن تقرر
ضمانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة اولى والله اعلم